



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

[] Facultat de Dret

Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología

---

REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA POR EL DERECHO DEL  
TRABAJO ECUATORIANO

**JOSÉ JAVIER IRIGOYEN ARBOLEDA**

**01/04/2015**

DIRECTORA: GEMMA FABREGAT MONFORT



**Redefinición de la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo ecuatoriano.**

*Tesis Doctoral*

Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

**Universidad de Valencia**

**Facultad de Derecho**

Autor: Ab. José Javier Irigoyen Arboleda

Directora: Prof. Gemma Fabregat Monfort

Vicedecana de la Facultad de Derecho

Catedrática de la Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia.

©José Irigoyen

Valencia, abril de 2015



INTRODUCCIÓN .....	I
--------------------	---

## **TÍTULO I**

### **LA RELACIÓN PROTEGIDA POR EL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DEL ANÁLISIS DE SU NATURALEZA JURÍDICA**

1.1. ÁMBITO CLÁSICO DEL DERECHO DEL TRABAJO .....	15
1.2. CRÍTICA A LA DENOMINACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO .....	16
1.3. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO PROTECTOR DE LA RELACIÓN DE TRABAJO .....	17

## **TÍTULO II**

### **DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN EL ECUADOR**

2.1. LA NO REGULACIÓN LIBERAL.....	23
2.2. REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS .....	25
2.2.1. Arrendamiento de criados domésticos y jornaleros.....	26
2.2.2. Contrato de ejecución de obra.....	28
2.2.3. Arrendamiento de servicios inmateriales .....	29
2.2.4. Arrendamiento de servicio de transporte .....	30
2.2.5. Notas comunes de los contratos de arrendamiento de servicios .....	31
2.3. PROTECCIÓN AL TRABAJADOR DENTRO DEL CONTRATO DE SERVICIOS ..	32
2.4. REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR UN DERECHO AUTÓNOMO Y ESPECÍFICO DE CADA INDUSTRIA .....	35

2.5. PRIMERAS NORMAS LABORALES GENERALES.....	37
2.6. LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN...	41
2.7. LEYES LABORALES NACIDAS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL .....	42
2.7.1. Ley sobre el contrato individual de trabajo.....	43
2.7.2. Ley de duración máxima de la jornada de trabajo y descanso semanal .....	44
2.7.3. Ley sobre el trabajo de mujeres, menores y protección de la maternidad .....	45
2.7.4. Ley de desahucio del trabajo.....	46
2.7.5. Ley sobre la responsabilidad de accidentes de trabajo.....	46
2.7.6. Ley de procedimiento para las acciones provenientes del trabajo .....	47
2.7.7. Ley orgánica del trabajo.....	48
2.7.8. Ley de control del trabajo y la desocupación.....	49
2.8. LA CÓDIFICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	51

### **TÍTULO III**

#### **EL CONTRATO DE TRABAJO**

3.1. CONSOLIDACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO PROTEGIDAS DENTRO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	57
3.2. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO PRINCIPAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA .....	60
3.3. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO UN ACUERDO REGULADO SUPLETORIAMENTE POR EL DERECHO CIVIL.....	60
3.4. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE TRABAJO DESDE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS .....	61
3.5. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS AL CONTRATO DE TRABAJO .....	63

3.6. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	66
---------------------------------------------------------	----

## **TÍTULO IV**

### **LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO UN ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

4.1. LA SOLA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ES UN ELEMENTO AUTÓNOMO DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	69
4.2. CAUSAS POR LAS QUE NO SE HA ESTUDIADO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ELEMENTO DEL CONTRATO.....	71
4.3. DEFINICIÓN DEL SERVICIO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	72
4.3.1. Definición jurídica del concepto de servicios en el Ecuador .....	73
4.3.2. Definición jurídica del concepto de servicios en el plano internacional aplicable al Ecuador.....	77
4.3.3. Definición del concepto de servicios por las ciencias económicas .....	85
4.3.4. Definición jurídica de servicio a partir de las consideraciones económicas .....	86

## **TÍTULO V**

### **LA PRESTACIÓN PERSONAL COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

5.1. RATIO LEGIS DEL ELEMENTO DE PERSONALIDAD .....	89
5.2. EL ELEMENTO DE PERSONALIDAD NO SUPONE QUE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA LABORAL SEA SIEMPRE INTUITU PERSONAE.....	91
5.3. CASO DE LOS SUSTITUTOS.....	94
5.4. LA PERSONALIDAD DE LA PRESTACIÓN NO CONVIERTE AL TRABAJADOR EN OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	99

5.5. EL ELEMENTO DE PERSONALIDAD NO DETERMINA QUE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO PUEDAN SER PROTEGIDAS POR EL DERECHO DEL TRABAJO.....	102
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **TÍTULO VI**

### **LA ONEROSIDAD DEL TRABAJADOR COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

6.1. DEFINICIÓN DEL ELEMENTO DE ONEROSIDAD DEL TRABAJADOR .....	109
6.2. EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN POR EL SERVICIO .....	111
6.3. CONSECUENCIAS DE LA DEFINICIÓN PROPUESTA.....	112
6.3.1. Errada interpretación de la onerosidad por parte del trabajador como elemento del contrato de trabajo en el Ecuador .....	113
6.3.2. Crítica a la interpretación del elemento de onerosidad .....	116
6.4. EL CASO DEL VOLUNTARIADO .....	120
6.5. LA INTENCIÓN DE ONEROSIDAD DENTRO DEL TRABAJO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DEL ELEMENTO DE AJENIDAD.....	121

## **TÍTULO VII**

### **LA DEPENDENCIA COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO .....**

**129**

7.1. INDEFINICIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA .....	129
7.2. DEFINICIÓN ORDINARIA DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA .....	130
7.3. DIFERENCIA FUNDAMENTAL ENTRE DEPENDENCIA Y SUBORDINACIÓN	131
7.4. TEORÍAS SOBRE LA DEPENDENCIA A PARTIR DE LA EMISIÓN DEL CÓDIGO DE TRABAJO .....	133



7.4.1. La dependencia en sentido amplio .....	133
7.4.2. La subordinación o dependencia administrativa como único tipo de dependencia	146
7.4.3. Consolidación del concepto de subordinación como dependencia jurídica.....	150
7.4.4. Consecuencias de la aplicación del concepto de dependencia jurídica como subordinación .....	157
7.5. TEORÍA PROPIA DE LA DEPENDENCIA.....	160
7.5.1. Error fundamental en la definición de subordinación jurídica como sinónimo de dependencia.....	161
7.5.2. La dependencia y sus diversos tipos .....	161
7.5.3. Dependencia relevante de acuerdo al Código de Trabajo de Ecuador .....	163
7.5.4. Nueva definición de la dependencia jurídica .....	164
7.6. DEFINICIÓN DEL ELEMENTO DE DEPENDENCIA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL CÓDIGO DE TRABAJO .....	178
7.7. DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA DENTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO ECUATORIANO .....	180

## **TÍTULO VIII**

### **ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA VINCULADA CON LA DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO JURÍDICAMENTE PROTEGIDA EN EL ECUADOR**

8.1. CREACIÓN DE UN PARADIGMA DISTINTO AL PREVISTO POR LA LEGISLACIÓN LABORAL.....	185
8.2. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNA INSTITUCIÓN BASADA EN PRESUNCIONES FALSAS .....	188
8.3. CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA PROBLEMÁTICA.....	196
8.4. CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN .....	202

8.5. LA CRISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL EMPLEADOR EN EL ECUADOR ...	207
8.6. NECESIDAD DE LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA POR EL DERECHO DEL TRABAJO .....	218

## **TÍTULO IX**

### **REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA A PARTIR DE LA CONSIDERACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

9.1. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE LAS IDEOLOGÍAS DE MERCADO .....	222
9.1.1. Crítica a las ideologías que definen el objeto del Derecho del Trabajo desde la perspectiva de mercado .....	225
9.2. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE LAS IDEOLOGÍAS SOCIALES .....	228
9.2.1. Crítica a las corrientes sociales y su definición del Derecho del Trabajo .....	231
9.3. EL DERECHO DEL TRABAJO LIBERADO DEL YUGO IDEOLÓGICO .....	235
9.4. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA ECONOMÍA .....	237
9.5. FUNCIÓN Y DISFUNCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO .....	243
9.6. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DEL CONTROL DEL DESEQUILIBRIO .....	245

## **TÍTULO X**

### **REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DESDE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**

10.1. APLICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES .....	249
10.2. CONTENIDO LABORAL DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.....	252

10.3. PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES APLICABLES EN EL ECUADOR Y DERECHO DEL TRABAJO.....	259
10.3.1. Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas .....	259
10.3.2. Normas de la Organización Internacional del Trabajo .....	264
10.3.3. Normativa de la Organización de Estados Americanos relacionada con el trabajo.....	276
10.4. DERECHO LABORAL EXTENSIVO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES. ....	281

## **TÍTULO XI**

### **PROPUESTAS DE REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DESDE LA ÓPTICA DE MERCADO**

11.1. LA FLEXIBILIZACIÓN COMO CONCEPTO CENTRAL DEL FUTURO DERECHO DEL TRABAJO.....	286
11.2. TRABAJADORES CON MENORES DERECHOS .....	294
11.3. LA DESREGULACIÓN TOTAL DEL DERECHO DEL TRABAJO .....	300
11.4. LA AUTORREGULACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO.....	307
11.5. LA PARADOJA DE LA CLÁUSULA SOCIAL .....	311
11.6. FLEXISEGURIDAD COMO EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE REFORMULACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE EL LIBERALISMO .....	319

## **TÍTULO XII**

### **SOLUCIONES QUE RECONOCEN LA DISTINCIÓN BINARIA PERO AMPLÍAN O PRECISAN SU CONTENIDO**

12.1. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN POR UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA .....	327
--------------------------------------------------------------------------------------------	-----

12.2. PROPUESTAS QUE PROPENDEN A LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN .....	330
12.3. PRESUNCIÓN NORMATIVA DE SUBORDINACIÓN.....	339
12.4. AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DIVISIÓN BINARIA MÁS ALLÁ DEL CONCEPTO DE LA SUBORDINACIÓN.....	343
12.5. TESTS JUDICIALES PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN PROTEGIDA.....	362
12.6. CONTRATO DE TRABAJO ÚNICO .....	372

### **TÍTULO XIII**

#### **SOLUCIONES QUE RECONOCEN LA DIVISIÓN BINARIA Y CREAN NUEVAS CATEGORIAS PARA LA REGULACIÓN**

13.1. LA PARASUBORDINACIÓN ITALIANA .....	384
13.2. GENERACIÓN DE UN TERCER CONCEPTO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA .....	398
13.3. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE.....	405
13.4. EL RÉGIMEN DEL DENOMINADO “WORKER” EN EL REINO UNIDO.....	417

### **TÍTULO XIV**

#### **TENDENCIAS QUE REFORMULAN LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DESDE UNA PERSPECTIVA EXTENSIVA Y DESVINCULADA DE LA DIVISIÓN BINARIA**

14.1. PROTECCIÓN APLICADA A CADA CASO EN PARTICULAR .....	426
14.2. DERECHO DEL TRABAJO EXTENSIVO.....	437
14.3. LA PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSAL .....	441

14.4. INCLUSIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL RÉGIMEN LABORAL GENERAL .....	447
14.5. CONTRATO DE ACTIVIDAD .....	455
14.6. LA PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO MÁS ALLÁ DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	461
14.7. PROTECCIÓN MULTINIVEL Y ORGANIZADA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO .....	469

## **TÍTULO XV**

### **PROPUESTA PARA LA REDIFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO JURÍDICAMENTE PROTEGIDA EN EL ECUADOR**

15.1. LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA DESDE SU OBJETO .....	478
15.2. REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICAMENTE PROTEGIDA DESDE UN PARADIGMA COMÚN .....	484
15.2.1. La solución provista por la dependencia.....	497
15.3. EL DESEQUILIBRIO EN LA RELACIÓN LABORAL COMO CRITERIO CORRECTOR DEL PARADIGMA CENTRAL.....	504
15.4. MOVILIDAD DEL PARADIGMA CENTRAL .....	513
15.5. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA MÁS ALLÁ DE LA DIVISIÓN BINARIA.....	518
 <b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	 <b>527</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	 <b>553</b>



## *INTRODUCCIÓN*

El Derecho del Trabajo nace fundamentalmente como un Derecho protector que busca corregir la desigualdad en que se entiende que se encuentra el trabajador subordinado con respecto a su empleador; razón por la cual se crea todo un ordenamiento jurídico que pretende equiparar esta especial situación de la persona natural empleada por otra para la ejecución de alguna actividad.<sup>1</sup>

Así pues, es fundamental determinar para esta rama del Derecho, cuál es la relación de trabajo que efectivamente se pretende proteger ya que es a esta a la que se le otorgarán todos los beneficios previstos por dicha disciplina jurídica, ya que la tuición al trabajador se generará en virtud de que el trabajador se adapte a aquel modelo de relación de trabajo que se considera amparada.

En esta virtud, y para determinar quién debe ser el trabajador protegido por el Derecho

---

<sup>1</sup> “...L’evoluzione della disciplina del rapporto individuale di lavoro riflette le grandi fasi de la storia sociale e politica degli ordinamenti in cui si forma, con andamenti solo in parte corrispondenti a quelli esplorati (...) per il diritto sindacale. Le origini di ambedue le discipline sono comuni, legate alla diffusione del lavoro subordinato in conseguenza della rivoluzione industriale. Comune è anche la loro tendenza espansiva, sviluppata fino a tempi recenti ma ora in fase di ridimensionamento, se non inversione di tendenza. Basti segnalare qui come il nucleo più significativo delle discipline si caratterizza sin dagli inizi del scolo come legislazione protettiva e si dirige al lavoro di soggetti socialmente prima che giuridicamente ben circoscritti in relazione a materie ed aspetti altrettanto definiti: infortuni e sicurezza del lavoro per gli operai delle nascenti industrie manifatturiere ed estrattive (poi anche nell’agricoltura); tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle stesse industrie, in quanto soggetti bisognosi di una tutela differenziale; limiti della durata massima dell’orario giornaliero e settimanale, riposi festivi, ecc. Si trattava in sostanza di contenere le forme più intense di sfruttamento proprie della prima industrializzazione e di disciplinare le condizioni elementari dello scambio sotteso al rapporto di lavoro.” CARINCI, FRANCO; DE LUCA, RAFFAELE; TOSI, PAOLO; TREU, TIZIANO. *Diritto del Lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. 5° edición, Torino: UTET, 2003, pág. 5.

del Trabajo, esta disciplina ha diseñado un sistema jurídico que en el caso ecuatoriano es aquel que permite determinar quiénes son las personas que serán protegidas.

De todas formas, y aunque el Derecho del Trabajo en el Ecuador ha establecido un mecanismo para la determinación de la relación de trabajo protegida, no siempre este mecanismo ha sido definido unívocamente, lo que ha provocado que el problema central en el Ecuador en materia laboral sea el conocer con certeza cuándo se aplica el régimen previsto por el Derecho del Trabajo; más aún, el sistema que finalmente se ha considerado como el preponderante para determinar la relación que debe ser protegida también ha demostrado presentar varios yerros especialmente en cuanto deja de proteger relaciones de desequilibrio, mientras que por otro lado protege relaciones de trabajo que no necesariamente debe ser tuteladas.

En esta virtud pues, surge la necesidad de este trabajo, como una propuesta que permita redefinir la relación de trabajo protegida en el Ecuador, para proceder con esta redefinición, a presentar una nueva solución para determinar la relación que debe ser protegida dentro de este ordenamiento jurídico.

Así, el primer objeto que tiene esta investigación será el analizar cuál es la relación de trabajo que se encuentra protegida ya que solo a partir de este estudio se podrá determinar con exactitud de qué punto se parte, para a su vez, encontrar los problemas claros de esta definición, y delinear formas para solucionarlos.

Sobre el tema, por lo general en el Ecuador, ha existido la tendencia a entender que los elementos que deben cumplirse para que se genere un contrato de trabajo son aquellos determinados por la doctrina extranjera, y en general aquellos que se desprenden de la interpretación de normas de otros Estados; lo que ha provocado que en la práctica no exista una interpretación propia de la legislación ecuatoriana, aplicándose entonces la doctrina extranjera muchas veces de manera totalmente descontextualizada.

En tal virtud, el primer desafío que ha tenido este trabajo ha sido realizar una determinación de la relación de trabajo jurídicamente protegida por el Derecho del Laboral en el Ecuador más allá de lo que diga la doctrina extranjera, creando una doctrina propia que defina cuál es la relación de trabajo protegida en el país. Lo cual no es un objetivo nimio, ya que sólo el precisar cuál es la relación de trabajo claramente protegida



en el Ecuador ya supone un gran paso, en la medida que permite de mejor manera determinar, sin redefinir la relación de trabajo, en qué casos deberá aplicarse el régimen laboral, mismo que ya soluciona una gran disquisición en la práctica laboral ecuatoriana.

Con este fin, desde una primera perspectiva se procederá a analizar cuál ha sido la definición clásica del Derecho del Trabajo y cómo se ha entendido definida la relación de trabajo, para conocer con claridad la doctrina que se interpreta.

Posteriormente, se va a analizar históricamente cómo se ha regulado la relación de trabajo relevante para el Derecho Laboral del Ecuador, de tal forma, que se puedan conocer cuáles fueron las razones jurídicas que nos llevaron a formular la legislación que actualmente es aplicable. Así mismo, se estudiará cuál es la ratio legis que subyace dentro de la formulación de la relación de trabajo ecuatoriana, de tal forma, que desde una perspectiva histórica se pueda entender cuáles son los elementos de la relación de trabajo que se han considerado relevantes para determinar cuándo tendrá que aplicarse el régimen protector previsto por el Derecho del Trabajo.

Luego, se entrará a un análisis exegético y preciso de la relación de trabajo protegida por el Derecho en el Ecuador, no tanto desde su concepción clásica sino interpretándolo a la luz del ordenamiento jurídico que lo regula, y en consideración de la forma en que históricamente fue concebido.

Así pues, se partirá del estudio del contrato de trabajo como figura clave que determina la protección del trabajo en el Ecuador. De esta manera, una primera precisión en cuanto al análisis del Derecho será determinar cuáles son los requisitos de validez del contrato de trabajo en aplicación de la teoría general de los contratos; de tal forma que a partir de esa valoración se pueda –por exclusión– determinar cuáles son los elementos particulares del mismo, y por ende conocer cuál es la relación que se ha pretendido proteger por el Derecho del Trabajo más allá de la determinación clásica previamente analizada.

Un paso posterior será el de determinar con precisión cuáles son los elementos esenciales particulares del contrato de trabajo, para conocer de forma exacta la relación de trabajo que efectivamente busca proteger la normativa ecuatoriana.

De esta forma, si bien se analizarán –en cuanto sea pertinente– los avances que existan

en la legislación y doctrina internacional; materia fundamental de este análisis será el crear una teoría jurídica propia que partiendo de la interpretación de la norma ecuatoriana, permita observar una clara definición de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En consecuencia, se estudiará por separado cada uno de los elementos, de tal manera que se solventen las múltiples incorrecciones que se han dado al momento de entender y aplicar los mismos, interpretándolos sin considerar lo que la norma ecuatoriana prevé sobre ellos; estableciendo una lectura de lo que se ha considerado como la relación protegida en el Ecuador y, a su vez, qué es lo que se debería considerar, no tanto como una redefinición, sino partiendo de un análisis prolijo de la estructura normativa a nivel legal ya existente.

De esta forma, se analizarán los elementos propios de la relación de trabajo desde un estudio estricto del artículo 8 del Código de Trabajo, de tal manera que se pueda diferenciar a la relación protegida por el Derecho de Trabajo en el Ecuador de otras posibles relaciones que puedan ser tuteladas.

Así pues, el primer elemento que se detallará es aquel que concibe a la relación protegida por el Derecho del Trabajo como una relación que siempre supone la prestación de un servicio, por lo que se trataría de un elemento esencial del mismo. Sobre el tema pues, y a partir de una definición moderna, se pretenderá determinar qué significa que el Derecho del Trabajo considere que la relación que se regula siempre deba suponer un servicio; para lo cual, se analizarán las principales tendencias a la hora de definir qué es lo que se considera como un servicio, esto con la finalidad de que se precise claramente lo que es este elemento, propio de la actual definición de la relación de trabajo aplicable en el Ecuador.

Una vez definido este elemento, procederé a analizar la prestación de servicios protegida en cuanto a su elemento de personalidad, de manera tal que se detalle qué es aquello que se deberá entender como el elemento de la personalidad desde la perspectiva ecuatoriana, que tal como se verá no siempre coincide con las principales tendencias laborales internacionales.

De igual forma, también se analizará el elemento de remuneración de la relación de

trabajo, en virtud del cual se observarán los principales problemas y en qué casos se configura, solucionando algunas de las disquisiciones que en el caso ecuatoriano se han dado sobre este, de forma tal que se pueda coadyuvar a determinar con la mayor exactitud cuál es la relación de trabajo que se encuentra vigente en el Ecuador.

Sin duda, un capítulo y mención especial dentro de este trabajo merecerá analizar el concepto de dependencia y cómo este supone un elemento para que exista una relación de trabajo protegida en el Ecuador, de manera que se lo describirá profundamente y con el mayor detalle para diferenciarlo de la subordinación, y evidenciar las características más importantes del mismo que lo desvinculan de la teoría clásica sobre subordinación y que lo constituyen en una estructura particular del Derecho del Trabajo ecuatoriano; además, la dependencia merece esta especial consideración, pues que sin duda es el elemento determinante para redefinir la relación de trabajo y es inclusive uno de los elementos que ha presentado la mayor cantidad de inconvenientes en cuanto a su aplicación.

Finalmente y una vez que se defina con precisión cada uno de los elementos que determinan la existencia del contrato de trabajo –y por ende la relación de trabajo protegida en el Derecho del Trabajo ecuatoriano– se procederá a precisar cuál es la relación de trabajo jurídicamente apadrinada, a partir de la estricta interpretación de la legislación ecuatoriana; esto, buscando proveer un concepto claro de aquella relación, lo cual resulta de vital importancia ya que mediante la formulación de una definición precisa de la relación de trabajo relevante para el Derecho Laboral, se podrá, en la práctica, delimitar de mejor forma las relaciones de trabajo que se encuentran protegidas o no, hecho que dará solución a uno de los principales problemas que se presentan en cuanto a la aplicación de esta rama del Derecho, en la medida de que se sepa con mayor exactitud cuál es la relación de trabajo que se encuentra efectivamente protegida, diferenciándola de aquella relación que de facto se ha considerado en el Ecuador que es la protegida.

Esto a su vez, nos permitirá conocer desde qué punto partimos a la hora de intentar una redefinición de la relación trabajo protegida. Sin lugar a dudas no puede emprenderse una redefinición de una estructura jurídica si primero no conocemos a qué estructuras nos estamos refiriendo, para luego poder, por ejemplo, analizar cuáles son las soluciones

que presenta pero también cuáles son los principales errores que se han forjado.

Así pues, esta primera parte del trabajo de investigación que nos ocupa tendrá como intención principal el detallar el status quo preciso del que se parte a nivel legal dentro del Ecuador, ya que al no ser un tema solventado, en un inicio se requiere que se determine cuál es la relación protegida por el Derecho del Trabajo.

De esta forma, y una vez que se haya definido cuál es la relación de trabajo protegida en el Ecuador, desde la perspectiva del estricto análisis jurídico; procederé a estudiar cuáles son los principales problemas que presenta aquella relación de trabajo, analizando las estructuras que contiene y los conflictos que se han generado a su alrededor, ya que esta es la justificación central para que pueda proponerse una redefinición de la relación jurídicamente protegida por el Derecho del Trabajo.

En consecuencia, una vez que se evidencien los principales errores que esta relación protegida determine, será primordial intentar una redefinición de la misma, de tal manera que se puedan solventar los problemas que nacen de su propia definición.

Ante tal empresa, primero será necesario trazar los límites dentro de los cuales se realizará esta redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida. Para esto, dos serán los límites fundamentales que se consideren a la hora de redefinirla.

Sobre el tema, el primer límite que se analizará se tomará desde una perspectiva bastante universal. Así pues se observará cuál es el objeto central del Derecho del Trabajo, ya que solo en virtud de conocer cuál es la esencia de esta categoría del Derecho, se podrá saber de una manera consecuente cuál es la relación de trabajo que debe salvaguardar.

En referencia a lo dicho, se intentará destilar más allá de las ideologías y de la sola función económica del Derecho del Trabajo, cuál es la ratio legis en virtud de la que esta rama jurídica se construyó; para, en virtud de ese análisis, proceder a especificar cuál es la relación de trabajo que debería ser protegida. De esto, resulta lógico que el Derecho del Trabajo debe apuntar a regular aquellas relaciones que fundamentalmente conciernan con el objeto para el que fue creado, cosa que si bien parecería obvia, resulta uno de los principales temas de discusión dentro de esta disciplina en la actualidad ya que en el fondo existen tantas interpretaciones de aquello que debe considerarse como

el objeto del Derecho del Trabajo, como existen juristas, dado que en general cada intérprete del Derecho tiende a defender un objeto, con una importante carga ideológica.

Por lo tanto, lo que se pretende al definir este límite es especificar qué tipo de relación es la que debería ser protegida si se observa la *ratio legis* en virtud de la cual se ha forjado el Derecho del Trabajo. Todo esto, tratando de analizar a esta rama del Derecho desde una perspectiva que intente ser lo más jurídica posible, ya que es materia central de esta investigación el intentar deslindarse –en todo lo que sea posible– de los razonamientos políticos o de moralidad, como único fundamento para entender el Derecho del Trabajo.

De otra forma, el segundo parámetro que se considerará con este fin es la normativa supralegal que rige las relaciones de trabajo en el Ecuador. Sobre el tema, la norma que ha establecido la relación protegida en el Ecuador es el Código de Trabajo, por lo tanto, si se quiere redefinir la relación de trabajo en el Ecuador fundamentalmente se tendrá que analizar la normativa contenida en dicho cuerpo normativo; más aún cuando ni las Constituciones –que en su momento han estado vigentes– ni los tratados internacionales han jugado un papel fundamental dentro de la definición de esta.

Por lo tanto, este trabajo tampoco pretende una reformulación constitucional o a nivel de los Tratados Internacionales vigentes en el Ecuador con respecto a la definición de la relación de trabajo protegida. De todas formas y aunque no ha sido central para definir la relación de trabajo, la normativa supralegal en el Ecuador, es indispensable para cualquier reformulación normativa o de una paradigma legal, por lo tanto habrá que observar los parámetros establecidos en la normas de jerarquía supralegal, especialmente si se pretende una reformulación de este sistema.

En esta virtud pues, la redefinición que se plantea considerará los límites establecidos por la normativa supralegal de manera muy relevante, de tal forma que cualquier redefinición que se plantee observe los parámetros constitucionales e internacionales en cuanto se refieran al tema en estudio. Para lo cual se efectuará un análisis de lo que la normativa constitucional e internacional pueda aportar en torno a la definición de la relación de trabajo protegida. Al respecto, cabe señalar que aquello que se desprenda tanto de la Constitución como de los Tratados Internacionales más que nada se colegirá, ya que –salvo en casos excepcionales– no existe una definición expresa de la relación de

trabajo protegida por ambas normativas, lo que de todas formas no impide que se analice cuáles son los preceptos fundamentales que en materia laboral establecen.

De esta forma y una vez que se ha especificado la relación de trabajo de la que se parte, cuál es su problemática, y los límites dentro de los cuales se deberá hacer su reformulación; se procederá a analizar las principales tendencias para la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida que han planteado autoridades y juristas. Todo esto, con la finalidad de sistematizar las principales corrientes de pensamiento que se han generado para redefinir la relación de trabajo; lo que será un insumo primordial al momento en que se proponga una redefinición de la relación de trabajo que se encuentre protegida.

Sobre el tema, el primer gran objetivo será el sistematizar las muy diversas corrientes que se han presentado para la redefinición de la relación de trabajo, de manera tal, que puedan estudiarse en un sentido lógico ya que en realidad si bien es cierto que no son escasos los trabajos que mencionan las tendencias en relación con el Derecho del Trabajo, no es menos cierto que éstas muchas veces se enuncian sin sistematización alguna, con lo que resulta complejo y descoyuntado su análisis.

Al respecto y estableciendo un sistema de estudio de las tendencias aplicables a la redefinición de la relación de trabajo, un primer gran grupo de teorías que se estudiarán son aquellas que se han elaborado desde una perspectiva altamente liberal y que encuentran en común la defensa de un Derecho mínimo.

Primordialmente se efectuará un estudio de estas teorías en la medida en que presentan un objeto común, como es la final desaparición o reducción del Derecho, que se encuentra sustentada en la presunción de que el Derecho del Trabajo supone en sí mismo una distorsión en el mercado que perjudica su desarrollo.

Al respecto, se analizarán las principales tendencias que se han formulado sobre el tema desde la famosa flexibilidad hasta las propuestas que definen una desregulación absoluta del sistema. Para lo cual, primero se buscará analizar su contenido desde una perspectiva jurídica y se propenderá a valorar las razones que se han formulado para la formulación de las teorías planteadas de manera tal que se pueda conocer en qué medida las tesis sobre liberalización del mercado laboral resultan aplicables para una redefinición de la

relación de trabajo; y en particular, si suponen una solución a la problemática que se genera a partir de la relación de trabajo que se encuentra protegida en el Ecuador, ya que, tal como se ha señalado, las tendencias laborales estudiadas se valorarán en la medida que permitan redefinir la relación de trabajo.

Toda esta disquisición, por una parte permitirá conocer con algo más de organización cuáles son las principales teorías formuladas para la redefinición de la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo desde una perspectiva liberal. Así mismo, también será primordial en cuanto se establezca una definición de las principales teorías sobre las que existe en varios casos una gran cantidad de trabajo en su defensa, pero que pocas veces son definidas; por lo que también se pretende determinar de manera algo más clara conceptos como la flexibilidad, que muchas veces se menta pero que rara vez se determinan de una manera clara.

Una vez precisadas estas corrientes que defienden un Derecho de Trabajo mínimo o inexistente, –por lo que mayoritariamente discuten la existencia misma del Derecho del Trabajo aplicando una ideología liberal– lo lógico sería, a reglón seguido, el analizar las teorías que pueden explicar una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida desde la perspectiva de las teorías sociales que suelen ser las que se contraponen a la visión liberal, en este caso para la redefinición del Derecho del Trabajo.

De todas formas, luego de analizar aquellas teorías que pueden utilizarse para redefinir el Derecho del Trabajo partiendo del desconocimiento de la validez de su existencia, se procederá a analizar aquellas tendencias que no desconocen necesariamente la validez del Derecho del Trabajo como un mecanismo para la corrección de desequilibrios dentro de la relación de trabajo. Por lo tanto, más que aglutinar estas tendencias en virtud de la ideología –ya que en muchos casos presentan una hibridación de tendencias ideológicas–, se procederá a valorar en general aquellas posiciones que han propendido a redefinir la relación de trabajo protegida en virtud del reconocimiento de la necesidad de que exista el Derecho del Trabajo; es decir aquellas que no propongan como una realidad posible un Derecho del Trabajo mínimo o casi inexistente.

En lo relacionado, y debido a que las tendencias sobre la redefinición del Derecho del Trabajo que no desconocen la necesidad de su existencia son variadas y proponen una

gran diversidad de posibles soluciones; a su vez, procederé a efectuar una valoración de aquellas tendencias agrupándolas en las principales corrientes de pensamiento que se han generado, para también prestar una suerte de organización a las propuestas que redefinen la relación de trabajo sin desconocer la vigencia y validez del Derecho del Trabajo.

En lo referente, el primer gran conjunto de tendencias aplicables para la redefinición de la relación de trabajo protegida será el de aquellas que reconociendo en general la relación de trabajo subordinada como aquel objeto central de regulación del Derecho del Trabajo, proponen la corrección de los fallos que se han presentado dentro de su aplicación, a partir de una precisión o ampliación del concepto de subordinación que ha sido central para determinar la relación de trabajo que ha sido protegida por el Derecho del Trabajo.

Al respecto, dentro de las tendencias que reconocen la validez del Derecho del Trabajo, pero que asumen también la existencia de fallos que han desbordado la construcción jurídica formulada por el mismo, la corriente que supone un cambio menos radical del sistema es aquella que propende a respetar la formulación de la división binaria entre autónomos y subordinados reconocida históricamente por el Derecho Laboral ecuatoriano; pero que por otra parte plantea una mejora del concepto de la subordinación que se considera desbordado.

Así pues, sin desconocer el concepto de subordinación, sino solamente considerando que cabe su perfección, aparecen teorías que fundamentalmente se centran en la mejora del concepto de subordinación para lograr solventar el problema que se ha producido ante el desbordamiento del Derecho del Trabajo.

Dentro de esta corriente, se analizarán entonces aquellas tendencias que van desde una ampliación del concepto más o menos esquemáticas hasta aquellas que de facto han propendido a una ampliación del concepto especialmente por la vía judicial; todo esto con el afán de conocer cuáles son los principales lineamientos de redefinición que se han seguido y encontrar si es que los mismos serán pertinentes al momento de intentar una redefinición de la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo en el Ecuador.

Posteriormente se estudiarán aquellas corrientes que, pese a que reconocen la división



binaria clásica del Derecho, no pretenden modificarla ni ampliar su contenido, prácticamente renunciando a la solución del sistema central y pretendiendo crear otros mecanismo para responder a las realidades no observadas dentro del Derecho del Trabajo, a partir de la redefinición de terceros conceptos que no necesariamente se encajan dentro de alguna de las categorías establecidas dentro de la división binaria.

En esta virtud y por tratarse de una solución relativamente moderna que en el mundo no ha tenido una difusión mayor, se podrán analizar los principales ordenamientos jurídicos que han propuesto una suerte de redefinición de la relación de trabajo protegida a partir de la creación de estos terceros conceptos. En particular pues, será valorado el régimen italiano, el alemán, el español y el inglés; por ser sistemas que presentan los desarrollos más interesantes y particulares con relación a la formulación de terceros conceptos que permitan regular nuevas relaciones de trabajo que no se han sido tradicionalmente parte de la disposiciones del Derecho del Trabajo.

Debo señalar que como sucede en la mayoría de tópicos que se analizan, en este caso, el estudio que se realizará será partiendo de la definición de estas tendencias que pretenden crear terceros conceptos, no con una intención de agotar su temática, sino en la medida que se precisen para que se pueda valorar si las mismas son pertinentes para la redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida en el Ecuador.

Esto significa que se analizarán los conceptos referidos en cuanto a la repercusión que tienen al momento de definir la relación protegida por estos. Todo lo cual, además, será hecho no sólo de manera descriptiva, sino desde una perspectiva crítica que permita estudiar la lógica jurídica que puede o no tener la creación de terceros conceptos como un mecanismo para la resolución de los problemas que se presentan ante la actual definición de la relación de trabajo protegida.

Posteriormente, un apartado final se dedicará a aquellas teorías más contestarias del régimen laboral vigente, que sin desconocer su validez, sí pretenden revolucionarlo; para lo cual, se discute la clásica división binaria para propender a formular tendencias que proponen una interpretación extensiva el Derecho del Trabajo, que evidentemente no se limitará a la relación de subordinación y que buscará regular otras relaciones de trabajo ordinariamente obviadas por en este campo.

Con esta intención, serán evaluadas las teorías modernas que establecen este nuevo ordenamiento laboral extensivo, de tal manera que se encuentren las principales tendencias que puedan aplicarse al entendimiento y a la interpretación de la nueva relación de trabajo que se pretende redefinir.

Así pues, y una vez que se acopien todos estos elementos que permitan determinar la relación de trabajo que actualmente se aplica en el Ecuador, los fallos que se generan en este sistema que determinan la necesidad de una resolución, los límites que se presentan para una redefinición, y las principales teorías planteadas para la redefinición de la relación de trabajo protegida, la parte final de este trabajo será formular una propuesta de aquella redefinición de la relación de trabajo que resulta necesaria en el Derecho Laboral ecuatoriano para solventar los problemas que la definición clásica presenta.

Por lo tanto, una parte final y la conclusión de este trabajo será la de atreverse a formular una nueva relación de trabajo protegida, para lo cual se detallarán las principales características de la misma, se puntualizará el paradigma en virtud del cual se pretende crear esta relación, las correcciones que se presentarán a este paradigma, y los mecanismos en específico que permitirán que esta nueva relación por una parte permita proteger a aquellas relaciones de trabajo que estando en desequilibrio no encuentran amparo dentro del Derecho del Trabajo; a la vez, se buscara corregir el sistema en la medida en que se evite que se genere protección a aquellas relaciones que, al no presentar un desequilibrio, no presenten la necesidad de amparo.

En esta medida, se delinearán las principales características del sistema que se propone, para lo que se emplearán de manera primordial todas las valoraciones que dentro del trabajo se han efectuado; de tal manera, que se pueda establecer una estructura clara de la relación de trabajo que se protege a partir de la definición de sus principales características.

De todas formas, cabe hacer la salvedad de que este trabajo fundamentalmente pretende redefinir la relación de trabajo a proteger, por lo que no es intención principal del mismo establecer un sistema de prestaciones que se otorgarán en virtud de esta reformulación; ya que la idea principal es recién determinar cuál es la relación que se debe proteger de una manera clara, por lo que sólo se topará el tema de las prestaciones que debe referirse

de manera genérica y en la medida en que sea estrictamente indispensable para detallar las relaciones de trabajo a proteger. Dando todo esto como resultado, que desde ninguna perspectiva se pretende agotar el tema de las prestaciones a determinar por la relación protegida, lo cual bien puede servir para una investigación que parta de este estudio, pero que no es materia de evaluación en el presente.

Así mismo, si bien es cierto que dentro de este estudio se emplea muchas de las tendencias actuales para entender la relación de trabajo que se protege en el mundo y que explican cómo puede darse una redefinición, tampoco se pretende una redefinición y ni siquiera una definición de la relación de trabajo que sea global. Es claro que este trabajo busca una redefinición de la relación de trabajo protegida en el Ecuador por lo que las conclusiones tienen directa aplicación a este objetivo claramente acotado, que resulta bastante importante en la medida que busque proveer de respuestas a algunos de los principales problemas que en lo relacionado, existen en el Ecuador; objetivo que de todas formas, no impide que varias de las soluciones propuestas puedan utilizarse en diferentes contextos normativos, ya que tampoco puede soslayarse que muchos de los problemas que se encuentran dentro del Derecho del Trabajo Ecuatoriano se presentan en otros ordenamientos jurídicos.



## *Título I*

### ***LA RELACIÓN PROTEGIDA POR EL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DEL ANÁLISIS DE SU NATURALEZA JURÍDICA***

Para conocer cuál es la relación protegida clásicamente por el Derecho de Trabajo, es parte primordial el análisis del ámbito que esta rama jurídica pretende delimitar, ya que una primera aproximación a la relación protegida partirá de conocer la naturaleza jurídica del Derecho que intenta brindar esa tuición.

Cabe observar que sería imposible intentar una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida si en primera instancia no se define en efecto cuál ha sido propiamente la relación de trabajo protegida, para así conocer cabalmente el punto de inicio de esta investigación.

#### **1.1. ÁMBITO CLÁSICO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

Así, para poder conocer cuál es la relación de trabajo efectivamente protegida por el Derecho del Trabajo, primero resulta fundamental precisar el ámbito que ordinariamente regula esta categoría del Derecho en el Ecuador, ya que sin duda un primer criterio para delimitar cuál es la relación protegida por este, es justamente el alcance que el mismo tiene.

Al efecto, y para precisar cuál es el objeto clásico del Derecho del Trabajo, resulta indispensable clarificar algunos conceptos vinculados con la discusión que se propone. Así pues, una primera aproximación al término “Derecho del Trabajo” sugiere que nos encontramos ante el conjunto de normas que regulan el Trabajo, ya que *ab initio* no hay nada que limite el tipo de trabajo que será regulado por esta disciplina.

Por lo tanto, procedo a precisar qué se entiende por “trabajo”. Al respecto me refiero al primer concepto del Diccionario de la Real Academia de la Lengua sobre el término,

mismo que indica que trabajo es la: “acción y efecto de trabajar.” Luego y ante esta definición tautológica, corresponde remitirnos al concepto de trabajar del mismo diccionario, que en su primera acepción señala que trabajar es: “ocuparse en cualquier actividad física o intelectual.”<sup>2</sup>

Así pues, en sentido lato, trabajo es la ocupación en cualquier actividad física o intelectual; por lo mismo, el Derecho del Trabajo, si regulase aquello que sugiere su denominación, debería normar toda actividad física o intelectual.

Sorprendentemente, nada está más lejos de la realidad, el Derecho del Trabajo actual, de ninguna forma pretende regular cualquier actividad en que se ocupe una persona, ni siquiera norma todas las relaciones de trabajo que se puedan dar entre personas; muy por el contrario, su objeto de regulación se encuentra estrictamente delimitado, de tal forma que la denominación de esta rama no corresponde a su objeto de estudio –que ordinariamente se refiere a la regulación de las relaciones de trabajo bajo dependencia– sobre las que más adelante se precisará.

## 1.2 CRÍTICA A LA DENOMINACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

En virtud de lo previamente señalado hay que encontrar que el Derecho del Trabajo, no es realmente un Derecho que regula todo el trabajo en general, sino que se encuentra limitado a proteger a la relación de trabajo subordinada.

En todo caso, si se pretende hacer una referencia crítica a la denominación de la disciplina, al efecto señalo que en estricto sentido, cabe observar que el Derecho del Trabajo clásico no debería denominarse de esa forma; pues la terminología con la que se lo define sugiere que nos referimos a una disciplina que regula la generalidad del Trabajo cuando en realidad eso no se presenta.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=trabajo>

<sup>3</sup> “...Si se quiere tener esta idea cabal hay que comenzar expresando que el rótulo, muy ambicioso, no se ajusta al contenido, pues esta rama jurídica no regula todo lo que socialmente hoy se considera «trabajo», sino sólo el «trabajo asalariado».” MONEREO, JOSÉ LUIS; MOLINA, CRISTÓBAL; MORENO MA. NIEVES. *Manual de Derecho del Trabajo*. 11ª edición, Granada (España): Comares, 2013, pág. 4.

Si se pretendiese que el Derecho del Trabajo continúe llamándose de esa forma, esta rama tendría que regular todas las actividades en que se pueda ocupar una persona, hecho que aparece inverosímil ya que se trataría de un Derecho Universal que regule prácticamente cualquier acción, lo que dejaría vacua de contenido a la gran cantidad de ramas del Derecho y en general al desarrollo jurídico que hasta la actualidad se ha dado.

En todo caso, sí vale señalar que si el Derecho del Trabajo tiene una denominación tan amplia como la que evidencia, por lo menos debería referirse a alguna parte más extensa de las actividades en que se pueda ocupar una persona. Así por ejemplo, debería por lo menos regular todo trabajo que se realice por una persona en relación con otra, y en tal caso, pasar a denominarse Derecho de las Relaciones de Trabajo.

De todas formas, lo cierto, es que *prima facie* no ha existido una intención por regular toda actividad en que se pueda ocupar una persona por parte del Derecho del Trabajo; el cual tiene su razón de ser en la protección de la parte que presta sus servicios bajo dependencia misma que se entiende está desprotegida. Por lo tanto y dado que el Derecho del Trabajo solamente busca la protección del trabajador en tanto este se relacione con otra parte y siempre que la relación de trabajo se realice por dependencia, realmente estamos ante un Derecho del Trabajo Dependiente, que es realmente como se debería denominar la disciplina cuyo objeto nos encontramos analizando.

### **1.3. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO PROTECTOR DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

Una vez hecha la precisión previa, paso a detallar cuál es el objeto del actual Derecho del Trabajo, para de esa forma comenzar a precisar cuál es aquella relación de trabajo que efectivamente se encuentra protegida en el Ecuador a partir del análisis de los límites de aquella disciplina que genera esa tuición.

Así, para analizar con precisión el objeto del Derecho del Trabajo, hay que encontrar que primordialmente éste no se centra en proteger cualquier trabajo; aunque el mismo se encuentre realizado en condiciones precarias, como podría entenderse si se asume que esta es una disciplina que pretende generar protección para el trabajador que se encuentra en condiciones de inferioridad.

Lejos de lo previamente dicho, el centro de la protección del Derecho del Trabajo aparece cuando una persona presta sus servicios para otra persona, es decir cuando el trabajo se realiza dentro de una relación. Así pues, lo primero que cabe encontrar es que no existe una protección al trabajo en general, sino al trabajo que se presta por una persona en relación con otra.

Esto se desprende claramente en el caso del Ecuador, que es el que nos ocupa, del artículo 1 de su Código de Trabajo que dice:

*“Art. 1.- Ámbito de este Código.- Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo.*

*Las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refiere.”*

Por lo tanto, corresponde definir qué se entiende como relación de trabajo ya que este es el primer objeto de regulación del Derecho del Trabajo –según se desprende de la norma antes referida–. Al efecto, se puede entender por relación de trabajo toda actividad en virtud de la cual una persona presta sus servicios a otra, exista convenio o no para su realización. Estamos, más que nada, ante un relación fáctica que se produce cuando se inicia la prestación, por lo tanto, se podría considerar mayoritariamente una situación jurídica en la que se encuentra la persona que presta el servicio y aquella que lo recibe.<sup>8</sup>

Las relaciones de trabajo, vistas en un sentido extenso a partir de la propia definición de trabajo, son todas aquellas que se generan a partir del hecho de que una persona preste servicios a otra, por lo tanto pueden presentarse diversos tipos de

---

<sup>8</sup> Al respecto si bien no definiendo las relaciones de trabajo en general, pero sí aquellas que se realizan bajo subordinación se ha dicho: “La relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud del cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias.” DE LA CUEVA, MARIO. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*. México D.F.: Porrúa, 1972, págs. 185-186.



relaciones de trabajo. Así por ejemplo puede encontrarse relaciones de trabajo como: a) *trabajo libre*, aquel que se presta a una persona por la sola voluntad de quien lo ejerce, b) *trabajo forzoso*, aquel que se encuentra impuesto por ley o una decisión judicial, y que por lo mismo no se realiza por la sola voluntad de quien lo ejerce; c) *trabajo gratuito*, que es el que se realiza sin que exista intención de obtener lucro; d) *trabajo oneroso*, mismo que se genera cuando una persona presta sus servicios a otra con la intención de obtener un beneficio económico; e) *por cuenta propia*, aquella relación en que los frutos del trabajo se perciben directamente por quien realiza la actividad que los genera; f) *por cuenta ajena*, misma que se genera cuando los frutos del trabajo son percibidos por una persona distinta que aquella que realiza la actividad que produce aquellos frutos; g) *relaciones autónomas*, es la que se da cuando quien presta el servicio no está sometido a la dependencia de aquella persona a quien se presta la actividad; y, h) *relación por dependencia*, misma que se produce cuando una persona presta un servicio para otra bajo cualquier tipo de dirección o sometimiento jurídicamente consagrado por la normativa que regula este tipo de relaciones.<sup>9</sup>

De cualquier forma, y pese a que el Derecho del Trabajo, fundamentalmente supone la protección de las personas que se encuentran dentro de una relación de Trabajo, no protege a todas las personas que prestan sus servicios dentro de una relación, por mucho que estas personas puedan encontrarse en una situación de desequilibrio o vulnerabilidad.

En el caso específico ecuatoriano, la institución fundamental que se regula es el contrato de trabajo; así pues, la protección del Derecho Laboral nace cuando se considera que existe un contrato de trabajo.

De todas formas, hemos visto que la relación de trabajo es un hecho fáctico que incluso podría preceder la existencia del contrato de trabajo, ya que antes de que exista un acuerdo entre las partes, por el solo hecho de que exista una prestación estaríamos ante una relación. Al respecto en este punto cabe observar cómo específicamente se ha regulado la relación de trabajo en el Ecuador, que es la relevante para el Derecho del

---

<sup>9</sup> MARTÍN, ANTONIO; RODRÍGUEZ, FERMÍN; GARCÍA, JOAQUÍN. *Derecho Del Trabajo*. 21ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, págs. 45-53.

Trabajo.

Así pues, dice el artículo 12 del Código de Trabajo:

*“Art. 12.- Contratos expreso y tácito.- El contrato es expreso cuando el empleador y el trabajador acuerden las condiciones, sea de palabra o reduciéndolas a escrito.*

*A falta de estipulación expresa, se considera tácito toda relación de trabajo entre empleador y trabajador.”*

Por lo tanto y a partir de la interpretación de la norma antes relatada, puede concluirse que el Derecho del Trabajo entiende que siempre que exista una relación de trabajo entre un trabajador y un empleador se presume la existencia de un contrato, solución esta que también se ha recogido en otras legislaciones.<sup>10</sup>

De ahí que aunque en la realidad exista solo una relación de trabajo, de iure se presume que la misma es un contrato, por lo que por un artificio jurídico se asume a toda relación como contrato de trabajo en el Ecuador. En consecuencia, no existe una regulación diferente para la relación de trabajo, ni tampoco es relevante diferenciarla del contrato, ya que su sola existencia supondrá que estemos ante un contrato de trabajo tácito por expreso mandato de la Ley, lo que tendría su *ratio legis* en el hecho de que la inexistencia de un contrato –pese a que se genere la relación–, siempre tendrá que ser interpretado en contra del empleador. Por lo que se asume que se ha generado un contrato siempre que se den los elementos propios del contrato de trabajo aunque no exista acuerdo; y en tal virtud –ante esta relación– se entiende se ha configurado un contrato de

---

<sup>10</sup> Interpretando la legislación Argentina sobre el tema, se ha dicho: “NEGOCIO JURÍDICO Y RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO. - Esta segunda, dadas las características que asume, por lo común tiene como fuente o causa de su existencia un negocio jurídico concertado entre las partes, explícita o implícitamente (arg. arts. 21 a 23 y concs., LCT). Cabe distinguir entre la relación individual como prestación de trabajo, y el contrato que, en la mayor parte de los casos, le dio origen. La primera consiste en un hecho laboral; el segundo, en un acuerdo de voluntades con un objeto jurídico. El acuerdo precede a la relación, o por lo menos es simultáneo con el inicio de la prestación que constituye en los hechos la efectivización del negocio celebrado. VÁZQUEZ, ANTONIO. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I, 8ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1999, págs. 309-311.

trabajo.<sup>11</sup>

Esto significa que en el Ecuador, toda relación de trabajo es contractual, lo que supone a su vez que la protección que se da a las relaciones de trabajo es aquella que se genera en virtud de que se consideran contratos de trabajo; así pues la relación protegida por el Derecho Laboral ecuatoriano en todos los casos, es aquella que se encasille dentro de lo que se determina como contrato de trabajo, puesto que la relación que no configura un contrato de trabajo no estaría protegida.

En conclusión, entonces, la relación de trabajo relevante en el Ecuador será aquella que cumpla con los requisitos para ser considerada como un contrato de trabajo, ya que la relación siempre se considera contractual y la protección al trabajador se realiza cuando existe un contrato de trabajo, el cual a su vez se configura cuando se cumplen los elementos previstos en la norma para que aquello suceda.

En esta virtud y para conocer de manera profunda cuál es la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo, procedo a analizar históricamente cómo se ha regulado el contrato de trabajo en el Ecuador; de tal manera que se puedan interpretar, dentro de un concepto claro y contextualizado históricamente, aquellos elementos que determinan la relación de trabajo relevante en el Ecuador.

---

<sup>11</sup> “...Podemos afirmar que la relación de trabajo se inicia en el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio; en cambio, el contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades. Por lo tanto, se puede dar el caso de que exista un contrato de trabajo sin relación laboral, como cuando se celebra un contrato y se pacta que el servicio se preste posteriormente. En cambio, la existencia de la relación de trabajo hace que se presuma la existencia del contrato, ya que entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, se presume la vinculación laboral y la falta de contrato escrito es siempre imputable al patrón.” CABAZOS, BALTASAR. *40 Lecciones de derecho laboral*, 9ª edición, México: Trillas, 2004, pág. 102.



## *Título II*

### ***DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN EL ECUADOR***

Tal como se ha señalado, el Derecho del Trabajo en general no regula todas las manifestaciones del trabajo y, ordinariamente existen algunas relaciones de trabajo que son las relevantes. La intención del presente apartado es conocer el camino que se ha seguido en el Ecuador para delinear los elementos que configuran el contrato de trabajo, ya que a partir de su conocimiento se puede entender con precisión cuál es la relación protegida por el Derecho del Trabajo ecuatoriano en la actualidad, y cómo la misma debe redefinirse.

Con este fin se estudiará cómo se ha regulado históricamente el Derecho del Trabajo en el Ecuador; desde el inicio de la era republicana, centrándonos fundamentalmente en el análisis de la relación de trabajo protegida, hasta llegar a la situación actual; de tal forma, que se pueda interpretar claramente cuál es la relación, que en la actualidad, es aquella que en efecto debe generar la protección provista por el Derecho del Trabajo en el Ecuador, que es la consecuencia jurídica de este desarrollo histórico.

#### **2.1. LA NO REGULACIÓN LIBERAL**

Las primeras normas que se dictan en el Ecuador con relación al trabajo aparecen en el marco de la Gran Colombia, República de efímera duración que contenía los actuales territorios de Ecuador, Colombia, Panamá y Venezuela. Así dentro de la Constitución de la Gran Colombia de 1821, es fundamental encontrar el artículo 178 que señala:

*“Art. 178.- Ningún género de trabajo, de cultura, de industria o de comercio será prohibido a los colombianos; excepto aquellos que ahora son necesarios para la subsistencia de la República, que se libentarán por el Congreso cuando*

*lo juzgue oportuno y conveniente.”*

Por lo tanto y en un inicio, puede encontrarse que se protege a la actividad de trabajo en general, sin necesidad de referirse ni a la relación, ni tampoco al contrato de trabajo específicamente; estableciéndose más que nada, el principio de libertad de trabajo.

Más adelante se confirma el precepto antes indicado dentro la Constitución Gran Colombiana de 1830, se establece en el artículo 149:

*“Art. 149.- Ningún género de trabajo, industria y comercio que no se oponga a las buenas costumbres, es prohibido a los colombianos y todos podrán ejercer el que quieran, excepto aquellos que sean absolutamente indispensables para la subsistencia del Estado.”*

Claramente las excepciones a la libertad de trabajo son limitadas, y solo en casos extremos dicha libertad será coartada.

El principio general que se puede rescatar de las dos normas constitucionales citadas es que el trabajo se permita en su más amplio sentido, no solo se está hablando de relaciones de trabajo, muchos menos de un tipo de relación en particular. Las primeras normas relacionadas con el trabajo en el Ecuador reconocen la protección del trabajo como una actividad en su sentido más extenso.

Así mismo, dentro del artículo 136 del Código Penal del Ecuador, de 1837, se criminaliza cualquier actividad, que impida la existencia de esta libertad de trabajo. Al respecto señala:

*“Art. 136.- Es también reo de atentado contra la propiedad individual, el funcionario que prohíbe a alguno o impide que ejerza el género de trabajo, industria o comercio que quisiere, siempre que no sea de los exceptuados por la ley.”*

Más aún, dentro del Código Penal de 1837, se establece como una obligación la realización de un trabajo, al punto que la inactividad se encuentra tipificada como

penada.<sup>12</sup> Resulta relevante anotar que a diferencia de lo que ocurre en las primeras Constituciones de la Gran Colombia donde el trabajo es reconocido; en las primeras Constituciones del Ecuador dictadas a partir de 1830, no se hace ninguna referencia al trabajo como un derecho.

En un sentido lato es claro encontrar, durante esta primera etapa del desarrollo de la regulación del trabajo en el Ecuador como Estado independiente, que la principal intención es la desregulación del trabajo, y la capacidad de desempeñar cualquier actividad por los ciudadanos salvo aquellas expresamente excluidas; de todas formas, no existe ninguna legislación que desarrolle esta protección que se ha consagrado en líneas generales.

Es interesante notar, entonces, que el trabajo nace normado solo en líneas generales. Así pues, no siempre se entendió que el trabajo se limitaba al trabajo que se presta en relación con otra persona o que el trabajo relevante es aquel que configura los elementos para que aparezca un contrato de trabajo.

## **2.2. REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Tal como se ha señalado, en primer término existe una mínima regulación del trabajo, mismo que a su vez es tratado solamente en su concepto genérico; no en su perspectiva de relación, ni tampoco como un contrato. Posteriormente el trabajo pasa a ser regulado más específicamente, se establecen disposiciones puntuales para ciertas relaciones de trabajo; hecho que se produce dentro del Código Civil ecuatoriano, que pasa a regular algunas relaciones de trabajo a partir de la figura del arrendamiento de servicios.

Se comienza a acotar el alcance del trabajo que es relevante para el Derecho; se considera, entonces, que el trabajo que tiene que ser objeto de una regulación es aquel que se preste dentro de una relación de trabajo entre dos o más personas. Éste, sin duda es un hito en cuanto al desarrollo del Derecho del Trabajo en el Ecuador, ya que en

---

<sup>12</sup> “Art. 318.- Los vagos, declarados tales, serán destinados a una casa de trabajo, o en su defecto a una casa de reclusión, por el tiempo que los jueces respectivos estimen necesario, para que se dediquen a algún oficio, con tal que no exceda de un año, y cumplido que sea el término de su condena, quedaran por un año bajo la vigilancia de las autoridades”. CÓDIGO PENAL DE 1837.

adelante se regulará fundamentalmente al trabajo no como una actividad en general que puede ser desarrollada por una persona unilateralmente; sino primordialmente como la prestación del servicio que hace un individuo a favor de otro. Así pues, el trabajo jurídicamente relevante y normado es aquel que se realiza para una persona, por lo tanto dentro de una relación.

Entonces, el Código Civil de 1860 pasa a regular fundamentalmente cuatro relaciones de trabajo, así: 1. La del arrendamiento de “criados domésticos y jornaleros”<sup>13</sup>; 2. El contrato para la confección de una obra material; 3. El arrendamiento de servicios inmateriales; y, 4. El arrendamiento de transporte. A continuación paso a detallar algunas particularidades de estas figuras que surgen para regular el trabajo, y en especial las relaciones de trabajo para la prestación de los servicios referidos.

### **2.2.1. Arrendamiento de criados domésticos y jornaleros**

Este contrato se encuentra recogido dentro del artículo 1972 del Código Civil de 1860, que señalaba:

*“Art. 1972.- En el arrendamiento de criados domésticos y de jornaleros una de las partes promete prestar a la otra, mediante un salario, cierto servicio, determinado por el contrato o por la costumbre del país.”*

Evidentemente, encontramos que se regula una relación cuya particularidad es que el arrendador del servicio es un criado doméstico o un jornalero, y donde es necesario que se pague un salario por el arrendamiento de servicios que se produce. Se regula la relación de trabajo, entonces, en función de la persona que lo presta.

Esta es una norma que establece la histórica diferencia en cuanto a la regulación que han tenido los trabajadores en el Ecuador, donde se establece un régimen jurídico distinto en virtud de las condiciones especiales del trabajador, aunque en el fondo el objeto del contrato sea el mismo, es decir la prestación de un servicio a cambio de un pago.

---

<sup>13</sup> Definición textualmente tomada del artículo 1972 del Código Civil de 1860.



El régimen que se establecía, más que nada se sustentaba en las clases sociales, más que en características intrínsecas u objetivas de los trabajadores; ya que en particular, nada justificaba que estos trabajadores tengan un régimen jurídico distinto, más allá del desprecio que merecía la clase social de la que provenían.

Estamos, sin duda, ante una relación donde el prestador del servicio jurídicamente se encuentra en inferioridad de condiciones. Así por ejemplo existen disposiciones que establecen obligaciones solamente en contra del servidor, como aquella que le obliga a permanecer en el servicio indefinidamente hasta que se encuentre su reemplazo, en caso de que haya decidido separarse.<sup>14</sup>

Así mismo, puede el arrendatario del servicio terminar el contrato si quien presta el servicio se encuentra inhabilitado para ejecutarlo por cualquier causa durante el lapso de una semana; mientras que por otra parte, no existe la posibilidad de terminar el contrato por parte del servidor si el patrono no cumple con su obligación, que en este caso sería el pago del salario.<sup>15</sup>

Tan zanjada a favor del patrono es esta regulación, que incluso existe una especie de juramento deferido en su favor, mismo que se reconoce dentro del artículo 1980 del Código Civil de 1860, que al efecto señalaba:

*“Art. 1980.- La persona a quien se presta el servicio será creída sobre su palabra, (sin perjuicio de prueba en contrario):*

- 1. En orden a la cuantía del salario;*
- 2. En orden al pago del salario del mes vencido;*
- 3. En orden a lo que diga haber dado a cuenta por el mes corriente.”*

Por lo tanto, y en cuanto respecta a la regulación de los servicios provistos por los

---

<sup>14</sup> “Art. 1974.- Si no se hubiere determinado tiempo, podrá cesar el servicio a voluntad de cualquiera de las partes. Con todo, si el criado o el jornalero no pudiere retirarse inopinadamente sin grave incomodidad o perjuicio del amo, será obligado a permanecer en el servicio el tiempo necesario para que pueda ser reemplazado; aunque no se haya estipulado desahucio. El criado o el jornalero que sin causa grave contraviniera a esta disposición, pagará al amo una cantidad equivalente al salario de dos semanas.” CÓDIGO PENAL DE 1837.

<sup>15</sup> “Art. 1978 (...) Tendrá igual derecho el amo si el criado o el jornalero por cualquiera causa se inhabilitare para el servicio por más de una semana.” CÓDIGO CIVIL DE 1860.

servidores domésticos y los jornaleros; puede decirse que en un inicio se estableció una figura de un contrato que ni siquiera fijaba unas condiciones de igualdad entre las partes, al contrario, establecía una primacía del contratante del servicio; existiendo claramente un principio pro empleador que a los ojos del Derecho del Trabajo actual repugnaría, ya que ni siquiera se considera que un trabajador está en igualdad de condiciones, mucho menos que debe sufrir mayores cargas jurídicas que el empleador

En cuanto al trabajo relevante para este contrato, es claro encontrar que se trata de la prestación de cualquier servicio, siempre que aquel que lo presta sea un servidor doméstico o un jornalero, por lo tanto se regula un tipo de relación de trabajo muy puntual bajo la figura de un contrato para la provisión de servicios. Vemos, de esta forma, que las relaciones de trabajo se comienzan a regular por medio de contratos, donde lo fundamental es la calificación de quien presta el servicio, así como la ejecución de aquel, y el pago por los mismos.

### **2.2.2. Contrato de ejecución de obra**

Este contrato regula el acuerdo por el cual una persona solicita a otra la realización de una obra material. Al respecto, la primera característica de este contrato es que se pretende diferenciarlo del contrato de compraventa. Al parecer lo que se busca es que el contrato fundamentalmente regule la relación cuando ésta suponga la prestación de servicios, ya que si lo fundamental es la provisión del bien, el contrato deberá ser regulado por las disposiciones del contrato de compraventa.

En consecuencia, se confirma el hecho de que el trabajo que se regulará será el que suponga una relación, y el que además, suponga la prestación de un servicio; por lo tanto, todo lo que sea provisión de un producto, aun cuando suponga trabajo, no se encuentra regulado por estas normas, hecho que a su vez será replicado por las normas que en lo posterior regulen al trabajo en el Ecuador.

Por otra parte, nos encontramos ante un contrato mucho más equitativo donde el trabajador no tiene unas condiciones de inferioridad con respecto a quien ordena la ejecución de la obra. Este contrato nace, en particular, para regular una prestación de servicio donde el resultado final será un producto. En este caso se considera que el

trabajador merece una mayor consideración social, y por ende goza de una regulación más ecuánime.

De cualquier forma, será interesante constatar que se crea un contrato distinto, a su vez, para regular una relación de trabajo muy particular. Una vez más, la lógica que se sigue es la de crear contratos específicos para regular cada una de las relaciones laborales que se generen.

### **2.2.3. Arrendamiento de servicios inmateriales**

Se crea un contrato fundamentalmente diseñado para la prestación de servicios donde quien los ejecuta tiene una calificación en especial, lo que va en la línea de los contratos anteriores que fueron estudiados. En particular, en este caso quien lo presta debe utilizar en la ejecución del servicio –predominantemente– su actividad intelectual.

Una vez más, estamos ante un contrato que regula una relación de trabajo remunerada, más sin duda también estamos ante un contrato absolutamente equitativo; donde no se encuentra un beneficio particular para ninguna de las partes.

El contrato comparte regulación con el contrato de ejecución de obra, por lo tanto existen disposiciones muy similares entre ellos. Solo podría señalarse que en el caso del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, incluso existen disposiciones beneficiosas para el trabajador, como aquella que establece una compensación para el caso de que por la prestación del servicio, se hubiese producido un cambio de residencia.<sup>16</sup>

Lo interesante del contrato es que éste completa la base de lo que será en el futuro, la regulación del Derecho del Trabajo con respecto a la clasificación de los trabajadores. Así, aparecen –en líneas generales– trabajadores que en la prestación de su servicio emplean mayoritariamente la labor física, y por otra parte trabajadores que utilizan una actividad más intelectual.

Ambos tienen un régimen muy parecido, donde los últimos gozan de algunas ventajas. Se establece la diferenciación entre obreros o trabajadores que prestan fundamentalmente un servicio material, y empleados o trabajadores que prestan un

---

<sup>16</sup> “Art. 1995.- Si para prestar el servicio se ha hecho mudar de residencia al que lo presta, se abonarán por la otra parte los gastos razonables de ida y vuelta.” CÓDIGO CIVIL DE 1860.

servicio primordialmente intelectual.

Por otra parte, quedan los trabajadores de servicio doméstico con condiciones claramente más lesivas que los primeros, que son los regulados por el primer contrato que se analizó. Este régimen que se desarrolló con los tres contratos previamente analizados es la base de la clasificación del trabajador del Derecho del Trabajo que se desarrollará históricamente. La particularidad que debe notarse, de todas formas –para futuros análisis– es que estos contratos nacen siendo independientes entre sí; mas todos pretenden regular una relación de trabajo muy similar, la cual es la prestación de servicios de una persona a otra, en donde la única diferencia que se encuentra son las calificaciones que tenga el trabajador.

#### **2.2.4. Arrendamiento de servicio de transporte**

Este contrato también regula una prestación de un servicio particular como es el transporte. Se crea así, un tipo de contrato para normar una relación en particular. Es entonces la idea del Código, que cada relación de trabajo debe ser regulada por su propio contrato.

De cualquier forma, este es un contrato ostensiblemente diferente de los anteriores que hemos analizando, ya que dentro de este se presume la posibilidad de la ejecución del servicio de transporte por un tercero. Se trata, entonces, de un servicio que ordinariamente podría no ser prestado personalmente<sup>17</sup>, a diferencia de lo que ocurre en los otros casos en que se entiende que el servicio contratado es personal.

Entonces, tenemos la regulación de una relación de trabajo que podría ser indirectamente prestada. La existencia de esta relación nos permite observar que el trabajo como tal, en un inicio se reguló tanto desde la prestación de servicios personales, como también considerando que éstos podrían ser ejecutados indirectamente. En ese momento no se

---

<sup>17</sup> “Art. 1998.- El arrendamiento de transporte es un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro. El que se encarga de transportar se llama generalmente acarreador y toma los nombres de arriero, carretero, barquero, naviero, según el modo de hacer el transporte. El que ejerce la industria de hacer ejecutar transportes de personas o cargas, se llama empresario de transportes. La persona que envía o despacha la carga se llama consignante, y la persona a quien se envía consignatario.” CÓDIGO CIVIL DE 1860.

había limitado la regulación a los servicios personales, hecho que –como veremos– es uno de los avances finales en la determinación de la relación de trabajo relevante para el Derecho Laboral en el Ecuador.

### **2.2.5. Notas comunes de los contratos de arrendamiento de servicios**

Tal como se ha señalado, estas normas son el primer intento de regular al trabajo en general. Claramente se encuentra que el trabajo en sentido amplio no se encuentra regulado, sino solamente en cuanto suponga la provisión de un servicio a una persona.

Aparece la noción del trabajo aparejada a la de una relación de trabajo en todos los casos donde se ejecuta una actividad que debe ser remunerada. También debe señalarse que no se crea mayor protección para el trabajador, misma que dependiendo de la relación, pasa de ser una relación de igualdad hasta una de inferioridad con respecto a la persona que contrató al servicio.

Queda demostrado, además, que no es cierto –conforme lo establecen algunos sectores de la doctrina– que el trabajo inicialmente haya sido regulado por la figura del arrendamiento de servicios como una relación de iguales. Al analizar el caso de los jornaleros, por ejemplo, es evidente que jurídicamente éstos tenían cargas muy superiores que las de los empleadores, por lo tanto la fase en que el trabajo se regula como el arrendamiento de servicios, incluso supuso la disminución de derechos del trabajador y la creación de un desequilibrio adicional para el mismo.

En resumen, y en cuanto a la forma en que en el futuro se determine la relación de trabajo jurídicamente protegida, puede encontrarse que la figura del arrendamiento de servicios impondrá que el trabajo relevante es aquel que se realice relacionado con una persona, que suponga la provisión de un servicio, y que sea remunerado; mismo que deberá ser regulado por un contrato, donde además es una característica fundamental el hecho de que existen diferentes contratos en virtud de las características de la persona que presta el servicio. Las relaciones de trabajo protegidas, entonces, no nacen bajo un régimen único, sino por el contrario en uno múltiple, de donde se colige que la principal concordancia es que en todos los casos la relación de trabajo es regulada dentro de un contrato de trabajo.

### 2.3. PROTECCIÓN AL TRABAJADOR DENTRO DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Dado que, en la práctica, el trabajador –en la mayoría de los casos– tenía un poder de negociación mucho menor que el del empleador (hecho que es evidente y que no profundizaré en este punto ya que supondría repetir aquello sobre lo que ya se ha hablado en demasía); lo que sí debe encontrarse es que el Derecho Laboral ecuatoriano encuentra que la regulación existente es insuficiente e injusta.

En consecuencia, aparecen las primeras normas de protección al trabajador. Al respecto vale observar el Decreto por el que se Reglamenta el Arrendamiento de criados y trabajadores asalariados de 15 de abril de 1899, norma que supone el primer intento por crear leyes de protección al trabajador que prestaba sus servicios mediante el contrato de arrendamiento de servicios.

Hay que encontrar que la protección al trabajador norma el contrato de arrendamiento de servicios, por lo tanto toda protección laboral nace de las prestaciones de servicios – como se verá en la actualidad– y no de otras posibles situaciones o relaciones donde puede existir trabajo, pero que no producen la protección prevista por el Derecho del Trabajo.

Dentro del Reglamento referido puede encontrarse normas tan interesantes como un pago mínimo obligatorio. Así el artículo 5 de la indicado Reglamento señala:

*“Art. 5.- La estipulación del salario es libre, pero debe ser proporcionado al trabajo y suficiente para la sustentación diaria del trabajador; y en ningún caso bajará de diez centavos por día.”*

Adicionalmente, la norma citada también establece que en cualquier caso solo se puede exigir la prestación de servicios al trabajador y no a su familia, como se estilaba; así lo señala el artículo 6 del Reglamento que al respecto indica:

*“Art. 6.- El amo sólo tendrá derecho a exigir los servicios del peón concierto; y nunca los de la esposa, hijos y parientes de éste, a no ser previa estipulación y pago de salario, por contrato separado; bien sea que se trate de faenas o de otros servicios transitorios, como los de huasicama, lechera, etc.”*

Así pues, más allá de que exista un servicio, también se va delineando el hecho de que

la prestación que se debe solo es personal, como otro elemento adicional al contrato de arrendamiento de servicios.

A su vez, también, se establece una suerte de edad mínima de trabajo. Al respecto indica el artículo 10 del Reglamento en estudio:

*“Art. 10.- Siendo forzosa la enseñanza primaria, según la Ley de Instrucción Pública hasta la edad de catorce años, no podrá ningún menor otorgar documento de concierto antes de haber cumplido dicha edad, ni aún con intervención de guardador legítimo.”*

Finalmente, se fijan las primeras obligaciones al empleador relacionadas con la educación en virtud del número de trabajadores. Así se indica en el artículo 9 del Reglamento:

*“Art. 9.- En todo fundo en que hubiere más de veinte indios adscritos a él, el amo estará obligado a hacer que concurran diariamente a la escuela más inmediata, los indios niños hasta que cumplan la edad de catorce años. Sino hubiere escuela inmediata, el amo la establecerá gratuitamente en el mismo fundo.”*

Claro está, la obligación ha sido limitada a las personas consideradas como indígenas; tal vez porque se presumía que los demás individuos no requerían de esa protección por parte del patrono, hecho en la actualidad carece de todo sustento.

En cualquier caso, estos son los primeros intentos de un contrato de prestación de servicios que establezca un sistema de protección al trabajador. Claro está, siempre desde la perspectiva de la existencia de una relación regulada dentro de un contrato y bajo el ordenamiento jurídico general previsto para la prestación de servicios previamente detallada, por lo tanto no se trataba de normativa que sea distinta a la del Derecho Civil.

Además de la norma referida, también debe encontrarse el Código General de Policía de 28 de octubre de 1904, mismo que reconoce algunas normas de protección a los trabajadores dentro del contrato de prestación de servicios, mismas que se elevan por primera vez al rango de Ley.

Dentro de la citada disposición, se regulan en específico las actividades de los artesanos, los jornaleros, sirvientes domésticos, nodrizas y cocineras. Así como normas de protección de los trabajadores, y con respecto a los artesanos aparecen sanciones en caso de que no paguen puntualmente los salarios a sus oficiales, por ejemplo, hay que notar que no nos estamos refiriendo al pago de la remuneración, sino al mero hecho de la falta de puntualidad, hecho que sin duda no estaba previsto expresamente en la regulación general que era previamente aplicable. Así mismo se establecen sanciones de protección al trabajador que lo protegen en las situaciones que hoy caerían dentro de la figura del acoso, así como también en caso de que se cierre injustificadamente el taller donde el trabajador presta servicios<sup>18</sup>

Por otra parte, y con respecto a los jornaleros, se establece que solamente son capaces para la celebración de contratos de arrendamiento de servicios los mayores de dieciocho años; mientras que los menores adultos pueden celebrar los contratos, siempre que intervenga su representante legal. Adicionalmente, se establece la jornada máxima en ocho horas y se establece un salario mínimo.<sup>19</sup>

De todas formas, no se puede afirmar tajantemente que el Código de Policía suponga una entera protección al trabajador. Contextualizando, se puede decir que es una de las primeras normas que genera algún tipo de protección. Así, no se puede desconocer la existencia de un persistente desequilibrio jurídico en la relación de arrendamiento de servicios.

Por ejemplo, dentro del Código de Policía existen normas que establecen la prisión para el jornalero que sin motivo falte al trabajo<sup>20</sup>, lo que sin duda alguna, es una

---

<sup>18</sup> “Art. 106 Los que infringieren las disposiciones de los artículos anteriores, serán castigados con una multa de una a diez sucres; “e incurrirán en la misma pena: 1° Los maestros que no pagasen puntualmente el salario estipulado á sus oficiales; 2° Los oficiales que sin justo motivo ó sin permiso del maestro faltasen á su taller; 3° Los que sedujeren á un oficial o empleado menor de edad de una oficina ó taller; y 4° El maestro del taller que sin justo motivo hubiese cerrado su establecido un día ordinario de trabajo.” CÓDIGO GENERAL DE POLICÍA DE 1904.

<sup>19</sup> “Art. 114. (...) Las horas de cada día de trabajo no pasarán de ocho. Art. 115. Prohíbese la estipulación de un jornal menor de diez centavos por día en el interior de la República, y de cuarenta en la costa.” CÓDIGO GENERAL DE POLICÍA DE 1904.

<sup>20</sup> “Art. 121 El jornalero, que sin justo motivo ó sin licencia de su patrón, faltare al trabajo será reducido á prisión por cualquiera de los Jueces determinado en el artículo 117, ó por los Jueces civiles, parroquiales y Tenientes Políticos, y no podrá ser excarcelado si no se rindiere fianza, á satisfacción del patrón ó del



exageración y supone un evidente privilegio para el empleador; el que por otra parte si no paga el salario, en ningún caso sería privado de la libertad.

El Código de Policía, adicionalmente establece normas tales como la de los sirvientes domésticos, misma que permitía que los padres de un menor de edad lo entreguen para someterlo a la servidumbre o práctica esclavitud hasta que el sirviente cumpla 18 años.<sup>21</sup> Estas normas establecen, de manera diáfana, entonces, que sin duda no había nacido en esos momentos un Derecho Laboral protector; muy por el contrario, el estatus de inferioridad del trabajador se mantenía aunque con ligeros beneficios, que posteriormente serían la base del naciente Derecho del Trabajo.

#### **2.4. REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR UN DERECHO AUTÓNOMO Y ESPECÍFICO DE CADA INDUSTRIA**

Progresivamente en el Ecuador, aparecen pequeñas industrias que de cualquier forma congregan números de trabajadores más grandes, ante esta nueva realidad, se van generando normas para regular estas novedosas situaciones. Dichas normas generan regulaciones laborales que no se refieren al contrato de prestación de servicio; por el contrario, generan disposiciones autónomas solamente destinadas a regir las nuevas situaciones laborales que se gestan. Por lo tanto estamos ante los gérmenes de lo que sería la creación del Derecho Laboral como una rama autónoma.

Entre estas normas es interesante referirnos al Reglamento Orgánico para los empleados y obreros que se ocupaban en los trabajos del Ferrocarril al Curaray de 12 de noviembre de 1913. Dentro de esta disposición, se fijan ciertas normas laborales que hasta la actualidad se encuentran dentro del Código de Trabajo del Ecuador. Así, por ejemplo, encontramos la norma del artículo 31 del citado Reglamento que establece:

*“Art. 31. Es prohibido a los empleados recibir presentes u obsequios, de*

---

juez, de cumplir su contrato, siempre que este constase de escritura pública. En los demás casos, si el jornalero pagase al contado el valor que resulte adeudar ser excarcelado inmediatamente.” CÓDIGO GENERAL DE POLICÍA DE 1904.

<sup>21</sup> “Art. 123. Los padres ó guardadores de un menor que no pudiesen conservarlo ó educarlo, tienen derecho á consignarlo en cualquier caso en calidad de sirviente doméstico.” CÓDIGO GENERAL DE POLICÍA DE 1904.

*cualquier naturaleza que sean de sus subalternos. El quebrantamiento de esta disposición, a juicio del Director de la obra será suficiente para su remoción.”*

Adicionalmente, se establece un mecanismo de extinción de la relación de trabajo, que exige el acuerdo del Ministerio de Obras Públicas y de causas justificadas; por lo tanto se modifica el régimen absolutamente potestativo para la terminación de la relación de trabajo. Al respecto dentro del artículo 32 del Reglamento en estudio se dice:

*“Art. 32 Todo empleado que se separe de su cargo por más de dos días, sin causa justificada, o se tome más días de la licencia concedida, será reemplazado previo acuerdo del Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de descontársele el sueldo que corresponde a los días de su falta.”*

Puede encontrarse que también se establece una jornada de trabajo dentro del reglamento, por lo que se limita el tiempo de la prestación de servicios durante el día. El artículo 36 del Reglamento que se evalúa señala:

*“Art. 36 Las horas de trabajo para el personal de empleados de las Oficinas serán las siguientes: Por la mañana de 7 a 11 y media. Por la tarde de 1 a 5. Para los que se ocupan en la construcción será: Por la mañana de 6 a 11, y por la tarde de 1 a 5.”*

Se establecen, pues, jornadas diferenciadas para empleados de ocho horas y media y para obreros de nueve horas. Se reafirma la división entre empleados y obreros que perdura hasta hoy dentro del Código de Trabajo en el Ecuador. Es esta la primera norma que establece disposiciones de trabajo, que se desvinculan del régimen jurídico civil del contrato de arrendamiento de servicios.

Varios Reglamentos –como el anotado– se dictarían en los años siguientes, especialmente regulando a los empleados del ferrocarril, así como aquello para la provisión de servicios públicos; siendo estas las primeras normas que conforman el naciente Derecho de Trabajo ecuatoriano como una rama jurídica autónoma.

En igual sentido, estas disposiciones también regulan el trabajo desde la relación que nace a partir de la prestación de servicios, con la particularidad de que crean nuevas

normas específicas, aunque siempre bajo la base de la protección generada en virtud de la existencia de un contrato.

## 2.5. PRIMERAS NORMAS LABORALES GENERALES

Un avance posterior y fundamental a los detallados, es aquel que tiene lugar cuando se dictan las primeras normas laborales generales, y no solo de industrias particulares –que además son desvinculadas de contrato de arrendamiento de servicios– y que pretenden regir a los empleados en general, estableciendo normas de protección a su favor.

La primera norma que nace con las características señaladas es la Ley por la que se Reglamentan las horas de trabajo de todo empleado, de 12 de septiembre de 1916. La citada disposición, en su artículo 1, dice:

*“Art 1º Todo jornalero, obrero, dependiente de tienda, oficina, establecimiento industrial, y en general, todo empleado, sea de la naturaleza que fuere, no será obligado a trabajar más de ocho horas diarias, seis días por semana, y queda exento del trabajo en los domingos y días de fiesta legales.”*

Hay que señalar que estamos ante una disposición que intenta regular la jornada máxima para todo trabajador; es una norma redactada desde una concepción muy amplia ya que incluye todo trabajador sin detenerse a generar una regulación de acuerdo a las diferenciaciones previamente establecidas.

A su vez, si bien se hace referencia a la dependencia, la norma no establece el cumplimiento o no de la misma como un elemento necesario para la protección por el hecho de que un trabajador se encuentre bajo dependencia. Se puede entender que cualquier persona que realice un trabajo, se encuentra sometida a esta disposición.

Por lo tanto, este Derecho del Trabajo no nace limitado a la relación de dependencia –que no es el criterio definitorio–; más aún, lo que puede encontrarse es que la figura de la dependencia solo se utiliza como un elemento para incluir cualquier relación de trabajo, sin que, por otra parte se limite esta disposición, a esa relación.

Hay que considerar que la relación de trabajo se comienza a regular dentro de un nuevo

ordenamiento, que si bien recoge la protección desde el plano contractual, comienza a generar todo un nuevo andamiaje, que se basa en la protección al trabajador.

Al efecto se establecen normas tales como la indisponibilidad de la jornada mínima. En esa virtud, dice el artículo 2 de la citada Ley:

*“Art. 2º Para eludir el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 1º, no podrá alegarse por parte del patrón, contrato o estipulación alguna con el empleado o trabajador.”*

Vemos como se forja un Derecho protector que asume que el trabajador se encuentra en inferioridad de condiciones con respecto al empleador, por lo que se establece la imposibilidad de que se pueda negociar esta disposición, ya que en ese caso el empleador podría imponer a la parte débil –es decir al trabajador– una jornada mayor que la garantizada, hecho que sucedía por ejemplo en el caso de los trabajadores del ferrocarril; todo esto en virtud de que se consideraba que las normas de trabajo al ser civiles, podían ser modificadas por las partes, hecho que con el nacimiento del Derecho Laboral comienza a ser disputado, se va creando una relación de trabajo protegida, donde se generan unos mínimos que son indiscutibles.

Más aún, la citada disposición establece un régimen para el pago del trabajo extra, por lo tanto no solo se establece una jornada máxima como sucedía en el caso de las disposiciones previas que fueron estudiadas, sino que también se efectiviza esta disposición, creando un régimen de pago de todo el trabajo adicional que se genere<sup>22</sup>

Otra norma, que es importante dentro de este proceso de creación del Derecho del Trabajo ecuatoriano es el Reglamento Sobre Indemnizaciones al Obrero o Jornalero por accidentes de trabajo. Dentro de esta disposición aparecen las primeras definiciones de patrono y obrero, independientes del contrato de arrendamiento de servicios. Así

---

<sup>22</sup> “Art. 3 Al solicitársele al jornalero, obre, dependiente, etc. que trabaje mayor tiempo al señalado en el Art. 1º tendrá que pagársele un 25% más por las horas de trabajo excedente, durante el día; 50% después de las seis de la tarde hasta las doce de la noche; y 100% después de esta hora.- tanto por ciento se calculará por el salario que corresponde a una hora de trabajo diaria, y se le pagará por cada una de las horas de trabajo excedentes.” LEY POR LA QUE SE REGLAMENTAN LAS HORAS DE TRABAJO DE TODO EMPLEADO.

el referido Reglamento dice sobre el empleador:

*“Art. 1 Llámese patrono, de acuerdo con la Ley, el propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste; patronos son, en tal concepto, no sólo los particulares y compañías, sino también el Estado, las Juntas de Beneficencia, los Concejos Cantonales y, en general, las corporaciones de derecho público. Se considerará también como patrono al contratista, siendo solidaria la responsabilidad del propietario, quien tendrá acción de reembolso contra el contratista.”*

Se puede observar que se define al patrono como el dueño de lugar donde se preste el servicio denominado trabajo; por lo tanto la disposición no se limita a las relaciones de trabajo bajo dependencia, por el contrario, basta con la prestación del servicio para que se apliquen estas normas. Hasta aquí la relación de trabajo protegida en el Ecuador, siempre se ha considerado de una manera muy amplia, sin limitarse por ejemplo a la relación de dependencia.

Así mismo, la disposición define quién se considerará como obrero o jornalero, y al efecto señala:

*“Art. 2 Obrero o jornalero, según la determinación legal, es todo el que ejecuta habitualmente trabajo manual, fuera de su domicilio, con o sin remuneración, (hallándose comprendidos en esta definición los aprendices).”*

Vemos una vez más, que el Reglamento es amplio al definir a las partes de la relación de trabajo que protege. Así y en cuanto al obrero, se establece que incluso éste puede existir si se presta los servicios a título gratuito. No se establece tampoco que deba existir una relación de dependencia para la protección, basta con que exista la prestación de un servicio para que se adquiera la calidad de obrero. Esto significa que, en un inicio, también se encontraban protegidas las relaciones de trabajo aunque no mantuvieran un interés de lucro.

En todo caso y con respecto al objeto del contrato, se encuentra que el servicio prestado debe ser manual, hecho que determina la futura división del Derecho del Trabajo ecuatoriano, entre obreros y empleados; donde los primeros tiene un régimen

diferente del otro, que en primera instancia se justifica porque se afirma que los empleados al prestar sus servicios realizan labores intelectuales que requieren de una consideración diferente, misma que en muchos casos incluso es mejor.

De cualquier forma, lo que se puede encontrar es que la responsabilidad del patrono –de acuerdo a esta norma– nace a partir de que se produzca el accidente de trabajo e incluso se extiende en caso de que el accidente se haya producido por fuerza mayor o caso fortuito<sup>23</sup>; por lo que a su vez puede concluirse, sin lugar a dudas, que estamos ante una evidente normativa protectora del trabajador, de ahí que ésta sea una disposición fundamental a la hora de analizar la formación del Derecho de Trabajo ecuatoriano, y por ende el desarrollo de la relación de trabajo relevante para esta rama del Derecho.

Posteriormente a la norma señalada, se dicta la Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo, de 11 de marzo de 1917; norma que continúa con la tónica de protección al trabajador, y que es interesante, ya que supone una de las primeras disposiciones que establece un tipo de responsabilidad diferente para el caso de que la relación de trabajo sea bajo dependencia o no.

Al respecto es interesante encontrar que el artículo 7 de la señalada disposición dice:

*“Art. 7º Todos los trabajadores que, como los picapedreros, esmeriladores, fotograbadores, marmolistas, etc., estén expuestos a perder la vista por la naturaleza del trabajo que efectúan, si trabajan independientemente, usarán obligatoriamente por su cuenta, antifaces u otros preservativos equivalentes. Si trabajan por cuenta de un patrón, será asimismo obligatoriamente a cargo de éste la provisión de los preservativos necesarios.”*

Esta es, entonces, una de las primeras normas que comienza a determinar cuál es el tipo

---

<sup>23</sup> “Art. 3º La responsabilidad del patrono será efectiva desde que ocurra el accidente. Art. 4º La obligación más inmediata es la de proporcionar sin demora alguna la asistencia médica y farmacéutica. Art. 10 Si el patrono conceptúa que el accidente es debido a fuerza mayor o caso fortuito extraños al trabajo, lo manifestará así por escrito a la Autoridad de Policía sin que por eso pueda prescindir de las obligaciones consignadas en los arts. 4º, 5º, 6º, 8º y 9º.” REGLAMENTO SOBRE INDEMNIZACIONES AL OBRERO O JORNALERO POR ACCIDENTES DE TRABAJO.

de protección a partir de la dependencia como criterio de clasificación, ya que antes – como se ha visto– no ha existido ninguna referencia fundamental a tal hecho. A su vez, ya que solo se establece –dentro de toda la ley referida– en este punto una referencia al trabajador independiente, mientras que a las demás obligaciones no se hace ninguna referencia; tendrá que entenderse que estamos ante la primera disposición que es fundamentalmente dedicada al trabajador bajo relación de dependencia.

De esta forma, entonces, se comienza a restringir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo al de la dependencia; por lo tanto esta es una de las primeras normas que restringe la relación de trabajo protegida por el concepto de dependencia, sin embargo de lo cual, la norma no lo expresa de manera definitiva, ya que al hablar de los sujetos de protección solamente señala:

*“Art. 1º Los propietarios de cualquier clase de empresas, están obligados a asegurar a sus asalariados condiciones de trabajo que no presenten peligro alguno para su salud o vida.”*

Se puede constatar que a estas alturas de desarrollo del Derecho del Trabajo ecuatoriano es evidente la creación de un Derecho autónomo, así como también puede constatarse la delimitación del objeto del Derecho del Trabajo tácitamente hacia el trabajador dependiente, aunque de todas formas, no es un hecho que se haya consolidado en aquel momento. Es importante, en todo caso, encontrar que la delimitación se hace expresamente con relación a la figura de la dependencia; mientras que, por ejemplo, nada se dice de la subordinación. De tal manera que el legislador es claro en cuanto a utilizar el criterio de dependencia para definir la relación de trabajo que busca proteger.

## **2.6. LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN**

A su vez, otro avance en cuanto al Derecho Laboral ecuatoriano y la relación de trabajo que este protege se genera a partir de la inclusión de disposiciones en materia laboral dentro de la Constitución.

Así, se encuentran normas protectoras del trabajo a nivel constitucional dentro del

Ecuador, en la Constitución de 1929 en la que además de garantizar la libertad de trabajo –como en términos generales ya había sucedido previamente–, también se consagra la protección del Estado con respecto al trabajador. Adicionalmente, se establece que la Ley deberá fijar una jornada máxima de trabajo, establecer una forma para determinar el salario mínimo, establecer un régimen de protección de riesgos de trabajo, determinar una protección especial para niños y mujeres trabajadoras, así como también se consagra el derecho de libertad sindical.<sup>24</sup>

Debe remarcar una vez más, que hasta este punto de la historia del Derecho del Trabajo ecuatoriano, si bien se protege al trabajador; en ningún caso puede concluirse que esta protección se encuentre limitada al trabajador sometido dentro de una relación de dependencia, la figura jurídica que se adopta es la protección del trabajador dentro de una relación de prestación de servicios *in genere*.

## 2.7. LEYES LABORALES NACIDAS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Con la inclusión de la protección al trabajo dentro de la Constitución de 1929, se dictaron varias leyes que cumplieron con el mandato constitucional de regulación del trabajo dentro del Ecuador. Al efecto, puede encontrarse la Ley sobre contrato individual de trabajo; la Ley de duración máxima de la jornada de trabajo y descanso semanal; la Ley sobre el trabajo de mujeres, menores, y de protección a la maternidad y la Ley de desahucio del trabajo. A continuación corresponde analizar cómo determinaron la

---

<sup>24</sup> “Art. 151 ( ...) 18. La protección del trabajo y su libertad. A nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la Ley. Los artesanos y jornaleros no serán obligados en ningún caso a trabajar, sino en virtud de contrato. El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando un mínimum de bienestar, compatible con la dignidad humana. La Ley fijará la jornada máxima de trabajo y la forma de determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguro social. La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que den reunir los establecimientos industriales. Es obligatoria la indemnización de los accidente del trabajo y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen. El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento. La Ley regulará, especialmente todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños. (...) 24. La libertad de asociación y agremiación. El Estado cuidará de estimular y desarrollar la cooperación social. Tanto los obreros como los patronos o empresarios tendrán derecho para asociarse en pro de sus respectivos intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales. Para la solución de los conflictos del capital y el trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje. La Ley reglamentará todo lo relativo a coaliciones, huelgas y paros.” CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1929.



relación de trabajo relevante estas normas.

### **2.7.1. Ley sobre el contrato individual de trabajo**

La citada Ley establece qué se considera como contrato de trabajo, y al respecto indica:

*“Art. 2 La Ley considera como contrato toda relación de trabajo que se establezca entre el patrono que le proporciona, y un obrero, dependiente o empleado, que se compromete a ejecutar una obra o prestar un servicio por precio cierto.”*

Por lo tanto, se establece la relación protegida siempre que se celebre entre un patrono por una parte, y por otra un obrero dependiente o empleado; de ahí que será importante conocer la definición que la misma ley da de esas personas para conocer la relación de trabajo que se considera relevante. En todo, caso esta ley singulariza el hecho de que se constituye un contrato de trabajo; así como también que toda relación de trabajo –se entiende– tiene naturaleza contractual y aunque no necesariamente se comprueba la existencia del convenio, este se asume. En tal virtud, se forjan las bases para considerar que toda relación de trabajo que sea protegida –se entiende– constituye un contrato de trabajo.

Por otro lado, y en cuanto a la definición de quiénes son las partes del contrato de trabajo, puede observarse que no existe definición de obrero o empleado, ni de dependiente; por lo que nada hace pensar que en este punto se pretende considerar que la única relación de trabajo relevante para el Derecho Laboral es la de dependencia.

Luego, lo que sí puede observarse es la definición que la Ley hace de patrono, y al efecto señala:

*“Art. 1º.- Para los efectos de esta Ley, entiéndese por patrono, toda persona natural o jurídica, incluso el Estado, las municipalidades y demás instituciones o corporaciones de Derecho Público, que, con capitales propios o como contratista, tome a su cargo la ejecución de un trabajo, o la explotación de una*

*industria, o la dirección o administración de una empresa cualquier, contratando los servicios de empleados, dependientes y obreros, individual o colectivamente.”*

En general la disposición estudiada no diferencia entre empleado, dependiente u obrero. No se establece que la relación relevante para el contrato de trabajo sea la de dependencia. Solamente se utiliza la palabra dependiente como sinónimo de empleado u obrero, así que de ninguna forma queda claro el hecho de que la relación susceptible de contratarse mediante un contrato de trabajo sea la de dependencia.

No se encuentra claramente definido, por ende, cuál es la relación de trabajo mediante la que se celebra un contrato de trabajo, más allá de que se especifica que ésta debe ser realizada por la prestación de un servicio y bajo remuneración; no se encuentra especificado –por ejemplo– que la misma deba ser realizada bajo dependencia.

Lo que sí es fundamental, es que se determina que toda relación de trabajo supone la existencia de un contrato de trabajo, y que la existencia del contrato de trabajo determina la protección del Derecho Laboral; por lo que se consagra el hecho de que la relación de trabajo protegida se entienda como sinónimo de contrato de trabajo, por la presunción que la norma hace, lo que se mantendrá hasta el presente dentro del Derecho Laboral ecuatoriano.

### **2.7.2. Ley de duración máxima de la jornada de trabajo y descanso semanal**

Dentro de este cuerpo normativo, no se especifica claramente qué tipo de relación de trabajo es aquella sometida a la disposición. Nuevamente se utiliza la palabra dependiente pero solamente para referirse a un tipo de trabajador, como una categoría diferente que la de empleado u obrero; por lo que no se puede concluir que se esté regulando solamente la relación bajo dependencia.

Al respecto de lo señalado dice el artículo 1 de la Ley en estudio:

*“Art. 1º.- La duración máxima de la jornada de trabajo para todo obrero asalariado o trabajador manual, dependiente de almacén, oficina, establecimiento industrial o comercial, y en general para todo empleado que,*

*con sueldo, salario o a destajo, prestare sus servicios en instituciones de derecho privado, será de ocho horas.”*

Por otra parte, la disposición señalada pasa a regular expresamente, también, a trabajadores que no son dependientes, por lo que es un hecho el que –efectivamente– no se refiere en su totalidad a la relación de trabajo bajo dependencia. Así, dentro de su artículo 4 dice:

*“Art. 4º.- Queda también prohibido en día domingo, el trabajo que se haga por cuenta propia, siempre que se efectúe con publicidad en las fábricas, talleres, manufacturas, casas de comercio y demás establecimientos de trabajo, sin más excepciones que las ya prevenidas en el Art. 2º.”*

Es evidente que este Derecho de Trabajo naciente no solo se limita, entonces, a la relación de trabajo bajo dependencia.

### **2.7.3. Ley sobre el trabajo de mujeres, menores y protección de la maternidad**

Dentro de esta normativa, por otra parte, el criterio para delimitar el trabajo a proteger es la ajenidad en cuanto a los frutos del mismo. Así pues, dentro de su artículo 1 se dice:

*“Art. 1º.- Prohíbese todo clase de trabajo, por cuenta ajena, a los menores de 14 años.”*

Conforme se encuentra la disposición redactada se entiende, *contrario sensu*, que el trabajo por cuenta propia se encuentra permitido. Así mismo resulta interesante encontrar que tampoco se hace ninguna relación a la figura de la dependencia para determinar la relación de trabajo que se encuentra regulada dentro de esta disposición. Una vez más, aparece una Ley que no hace ninguna expresa referencia a la relación de trabajo de dependencia como única posible relación regulada, incluso utiliza otra definición. Confirmándose, de esta manera, la tendencia del Derecho Laboral ecuatoriano a regular las relaciones de trabajo en su sentido más extenso.

Posteriormente, la Ley pasa a regular el trabajo no solo por cuenta ajena, sino también el mismo que se realiza por cuenta propia, y al respecto señala:

*“Art. 7º Ningún varón menor de doce años ni mujer soltera menor de dieciséis podrá dedicarse por cuenta propia o ajena, a industria alguna que se ejerza en calles, plazas y demás sitios públicos.”*

Así, se puede observar que si bien la intención de la normativa es regular fundamentalmente la relación por cuenta ajena, también existen disposiciones relacionadas con el trabajo por cuenta propia; todo lo que determina que el Derecho de Trabajo que se formula regula varios tipos de relaciones laborales, sin ninguna limitación evidente hacia algún tipo de normas. En todo caso, lo que sí es recurrente es que la protección nace a partir de la existencia del contrato de trabajo que se entiende configurado por la sola existencia de la relación de trabajo.

#### **2.7.4. Ley de desahucio del trabajo**

Esta disposición se aplica directamente a todo contrato de trabajo, por lo tanto la definición de relación de trabajo relevante con respecto a esta disposición es aquella aplicable al contrato de trabajo previamente analizada, misma que en ningún caso se limita solamente al trabajo dependiente; de ahí que es claro concluir que a estas alturas del desarrollo del Derecho del Trabajo en el Ecuador, no se había limitado únicamente a la relación de dependencia como aquella que determina la aplicación de las normas protectoras del mismo.

#### **2.7.5. Ley sobre la responsabilidad de accidentes de trabajo**

Además de las Leyes citadas que entraron en vigencia el 6 de mayo de 1930 y que se emitieron en virtud del mandato constitucional de 1929 que exigía la regulación de ciertos temas relacionados con el trabajo; a reglón seguido, el 7 de mayo de 1930 también entraron en vigencia dos disposiciones que complementaban la regulación en materia laboral que había sido dispuesta por la Constitución de 1929. Al respecto, me refiero

a la Ley sobre responsabilidad por accidentes de trabajo y a la Ley de Procedimiento para las Acciones Provenientes del Trabajo, cuerpos normativos que paso a analizar.

Así, y dentro de la Ley sobre responsabilidad de accidentes de trabajo, se establece que la relación de trabajo en virtud de la que se genera la obligación de protección por parte del empleador es aquella de cuenta ajena; así pues se aparece la línea doctrinal por la que se considera determinar que el trabajo relevante para ser protegido dentro del Derecho del Trabajo es el de cuenta ajena, mismo que en todo caso no es definido en la Ley.

Al respecto la disposición señala:

*“Art. 2º Para los efectos de esta Ley, entiéndese por accidente, toda lesión corporal, que el obrero o empleado sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.”*

Lo interesante, en todo caso, en cuanto a determinar las personas que están o no protegidas por esta Ley, aparece que la norma es prolija en lo que se refiere a determinar si sus disposiciones se aplican a empleados u obreros; así pues, establece un régimen distinto de protección si se trata de una u otra categoría. Por lo tanto, un hecho definitorio de las normas aplicables en este punto –además de la ajenidad en el trabajo– es el de caracterizarse como empleado u obrero, por lo que se ratifica la histórica división de régimen jurídico aplicable en virtud de que se considere al trabajador como empleado u obrero.

Por otra parte, esta disposición es una de las primeras que limita la relación de trabajo relevante para la protección y que establece que esta sería la que se realice por cuenta ajena, entonces no se utiliza ni el criterio de dependencia ni el de subordinación. Más sí se forma la tendencia de delimitar la relación de trabajo, que será la que genere la protección del Derecho del Trabajo.

#### **2.7.6. Ley de procedimiento para las acciones provenientes del trabajo**

En cuanto a su ámbito de aplicación la mencionada Ley dice:

*“Art. 1º.- En lo sucesivo, las controversias que se suscitaren en la aplicación de las leyes de trabajo, o sobre cumplimiento y rescisión de contratos de trabajo o sobre pago de indemnizaciones legales que se deban por accidentes del mismo, y en general, toda acciones que tenga como causa una relación de trabajo, será resuelta por las autoridades y de conformidad con el trámite que prescribe esta Ley.”*

Cabe señalar, que esta disposición establece como conflictos de trabajo todos los vinculados con cualquier relación de trabajo, de ahí que define al trabajo relevante para la norma de una manera absolutamente amplia, lejos de las otras normas que restringen generalmente el alcance que puede tener.

En conclusión, puede notarse que el inicio del Derecho del Trabajo en el Ecuador está marcado por la existencia de una pluralidad de normas y una gran imprecisión a la hora de determinar cuál es el trabajo que será relevante para el Derecho del Trabajo durante esta etapa del desarrollo. De cualquier forma, cabe concluir que la tendencia en cuanto a la protección es resguardar la mayor cantidad posible de relaciones de trabajo dentro de esta fase del desarrollo del Derecho Laboral ecuatoriano.

### **2.7.7. Ley orgánica del trabajo**

El 11 de febrero de 1936 entró en vigencia esta disposición, misma que establece la Dirección Regional del Trabajo. Es de interés esta norma, en cuanto fija cuál es la competencia de la entidad y por ende cuál es la materia relevante para este nascente Derecho de Trabajo que se contiene en la gran variedad de disposiciones a las que se ha hecho referencia.

Al respecto, la citada norma en su artículo 1 indica:

*“Art. 1º La Dirección General del Trabajo es el organismo regulador de las relaciones de trabajo en el país; depende del Ministerio de Previsión Social y comprende las secciones que esta Ley establece...”*

En consecuencia, esta Ley determina que se regularán en general las relaciones de

trabajo. Así pues, la materia de este Derecho de acuerdo a la norma sería toda relación, no sólo la que se contenga dentro del contrato de trabajo o la relación de trabajo en general. Nuevamente estamos ante una norma que define al trabajo relevante de manera amplia, no solamente limitado a aquel que se preste dentro de una relación. Es evidente que en las primeras fases del Derecho de Trabajo ecuatoriano, existía una fuerte corriente a la regulación del trabajo sin importar la relación de trabajo en específico que se presente.

### **2.7.8. Ley de control del trabajo y la desocupación**

Dentro de la fase más tardía de este período de emisión de una multitud de leyes de trabajo, es fundamental observar lo dispuesto por la Ley de Control de Trabajo y Desocupación de 25 de noviembre de 1937, ya que al referirse a las relaciones de trabajo que regula, hace algunas precisiones que no habían sido realizadas nunca antes por ninguna normativa referente a la regulación del trabajo en el Ecuador —en lo que tiene que ver para determinar cuál es la relación jurídicamente relevante para su contenido—. Así, lo primero que hay que encontrar —hecho que de todas formas no es nuevo— es que esta Ley establece disposiciones en general aplicables a cualquier trabajador, o en particular a cualquier trabajo. Al respecto, vale citar lo establecido por el Art. 1º de la Ley que indica:

*“Art. 1º Todos los varones mayores de 18 años que habiten en el territorio de la República tendrán un Certificado de Trabajo, conferido por el Jefe de Oficina, patrono o quien hiciere sus veces. El certificado contendrá el nombre, la edad, el lugar de nacimiento, las huellas digitales, el domicilio, la progresiones o trabajo habitual y la ocupación actual de la persona a quien se refiere.”*

Más allá de la injustificable discriminación de género que contiene la norma, —propia de disposiciones de aquellos tiempos—, en lo que respecta a este trabajo hay que encontrar que la obligación de contar con un certificado de trabajo se establece para todo trabajador; hecho que implica una obligación no solo para una persona que se encuentre en un tipo de relación de trabajo, sino para que cualquier individuo que realice una

actividad.

La confirmación de lo dicho llega cuando establece la norma, la forma en que se obtendrá el certificado de trabajo. Al respecto, se refiere expresamente a relaciones de trabajo como la de autonomía que no habían sido nunca antes mencionadas en el Derecho de Trabajo ecuatoriano, y que incluso a esas alturas no habían sido materia de regulación para el Derecho del Trabajo internacionalmente<sup>25</sup>.

Al respecto dice el artículo 2 de la disposición en estudio:

*“Art. 2º.- Las personas dedicadas a profesiones liberales, los comerciantes, industriales, agricultores, trabajadores autónomos, estudiantes y en general todos aquellos que, por la calidad especial de su trabajo, no están bajo la dependencia de jefes o patronos, obtendrán el Certificado en las Comisarías del Trabajo o en las Nacionales, en su caso, o en las Tenencias Políticas Rurales. Los alumnos de los Institutos de educación, oficiales o privados, obtendrán su Certificado de los Directos o Rectores de dichos planteles...”*

Es relevante encontrar que la regulación, entonces, se establece para toda persona que ejerza una actividad productiva, lo cual incluso incluye el estudio; a tal punto que se considera como trabajo relevante hasta aquel que no sea remunerado.

Más allá de lo dicho, también es la primera norma que hace una gran distinción en cuanto a la regulación entre trabajadores dentro de una relación de dependencia y aquellos que no; estableciendo la dependencia como un criterio definitorio claro del régimen aplicable en virtud de la norma, más no de la protección que se consagre al trabajador.

---

<sup>25</sup> Por ejemplo: “...Así en España se inició a mediados del año 2004 un proceso de diálogo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con diversas organizaciones de autónomos con el objeto de elaborar el Estatuto del Trabajo Autónomo. El primer acuerdo que se alcanzó en este proceso fue la creación de una mesa de diálogo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y tres organizaciones de autónomos, la “Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos” (UPTA), la “Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos” (ATA) y la “Federación Española de Autónomos” (CEAT). Dos de estas organizaciones, UPTA y ATA, suscribieron luego con el Gobierno un acuerdo el 26 de septiembre de 2006, que fue la base para un Estatuto del Trabajo Autónomo, luego seguido por un proyecto de ley, en diciembre de ese mismo año, el que tras su trámite parlamentario fue aprobado como Ley 20/2007, de 11 de julio.” BRONSTEIN, ARTURO. *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*, Madrid: Organización Internacional del Trabajo, Plaza y Valdés editores, 2010, págs. 59-67.



## 2.8. LA CÓDIFICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Frente al desarrollo del Derecho de Trabajo antes descrito; en el Ecuador, para sistematizar y dar coherencia al Derecho del Trabajo, se opta por la creación de un Código de Trabajo que aglutine y organice las variadas y en muchos casos descoordinadas normas que se habían producido en esa materia.

Al efecto, el 14 de noviembre de 1938 entra en vigencia el Código de Trabajo ecuatoriano. Al respecto, corresponde observar cómo el Código de Trabajo define su objeto y la materia relevante para su organización. Por lo tanto corresponde remitirnos al artículo 1, que sobre el tema señala:

*“Art. 1º.- Las prescripciones de este Código reglan las relaciones entre patronos y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo.”*

De inicio, y reconociendo el hecho real de que el Derecho de Trabajo ecuatoriano no se había limitado a normar un solo tipo de relación, la norma del artículo 1 establece como objeto del Derecho de Trabajo, toda relación entre trabajador y patrono, así como también su aplicación con relación a diferentes modos y condiciones de trabajo.

En este punto, y dado que el Código hace referencia a la relaciones entre trabajador y patrono, parte fundamental será observar, cómo define al trabajador y al patrono. Al efecto sobre el trabajador dice el Código:

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

Hay que notar que para ser obrero u empleado no se establece la necesidad de prestar servicios bajo una determinada relación, sino solamente la ejecución de una actividad. De ahí que nuevamente la definición es amplia.

Por otra parte, y con respecto al patrono, el Código de Trabajo dice:

*“Art. 10º.- La persona o entidad –de cualquier clase que fuere- por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio es patrono.”*

Por lo tanto, al momento de definir al patrono, el Código establece dos posibilidades. Bien puede ser patrono quien recibe el servicio prestado, sin especificar la relación dentro de la que se realiza, o bien puede ser aquel a cuenta de quien se ejecuta el servicio; por lo tanto aquel que se encuentra como acreedor del servicio dentro de una relación de trabajo por cuenta ajena. De ahí que el Código de Trabajo establece, a partir de la definición del patrono, que bien puede regular relaciones de trabajo por cuenta ajena; así como también por cuenta propia. De manera que el Código de Trabajo ecuatoriano se separa de muchos otros Códigos y establece que no necesariamente toda relación de trabajo que proteja debe ser por cuenta ajena, ya que bien podría existir una relación por cuenta propia que sea protegida por el Derecho del Trabajo, puesto que nada exige que siempre se produzca la ajenidad. Es más, de la definición de patrono, se encuentra que no es indispensable que se produzca la ajenidad para que estemos ante una relación de trabajo, ya que aunque la relación sea por cuenta propia, si el empleador ordena la ejecución del servicio, se genera una relación de trabajo amparado por el Código de Trabajo en el Ecuador.

Así, de las definiciones señaladas, bien podría el Código de Trabajo –entonces–, regular relaciones que vayan más allá de la típica relación de dependencia. Tan es así que procede a regular relaciones de autonomía tales como las de los artesanos<sup>26</sup>, por lo tanto estamos ante un Código de avanzada que se atrevió en ese momento a regular relaciones de trabajo, autónomas<sup>27</sup>, aun cuando aquello no era nada común en el mundo; y hoy incluso, sigue estando injustificadamente excluido del Derecho del Trabajo, tema sobre

---

<sup>26</sup> “...Para evitar errores es fundamental establecer el hecho de que la dependencia no es una calidad de la persona del trabajador, sino un elemento del contrato de trabajo; si el artesano se hallare sujeto a una relación laboral, no podríamos negarles el hecho de que dependa de su patrono; la realidad nos muestra empero que el artesano no tiene patrono, que no se halla ligado a una relación laboral, que de nadie depende, pero que es trabajador, porque la Ley le asigna expresamente esa calidad.” TINAJERO, FRANCISCO. *Situación del trabajador autónomo en la legislación ecuatoriana*, Tesis Doctoral, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1958, págs. 65-68.

<sup>27</sup> “Art. 285.- A quiénes se considera artesanos.- Las disposiciones de este capítulo comprenden a maestros de taller, operarios, aprendices y artesanos autónomos, sin perjuicio de lo que con respecto de los aprendices se prescribe en el Capítulo VIII, del Título I. Se considera artesano al trabajador manual, maestro de taller o artesano autónomo que, debidamente registrado en el Ministerio de Trabajo y Empleo, hubiere invertido en su taller en implementos de trabajo, maquinarias o materias primas, una cantidad no mayor a la que señala la ley, y que tuviere bajo su dependencia no más de quince operarios y cinco aprendices; pudiendo realizar la comercialización de los artículos que produce su taller. Igualmente se considera como artesano al trabajador manual aun cuando no hubiere invertido cantidad alguna en implementos de trabajo o no tuviere operarios.” CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1938.

el que se profundizará más adelante.

De todas formas, el Código de Trabajo, aunque regula algunas relaciones de trabajo, principalmente, sus disposiciones se dirigen a regular el contrato de trabajo, por lo tanto el mecanismo para determinar la relación de trabajo fundamentalmente protegida yace en encontrar si una relación de trabajo o un contrato presenta los elementos que el Código de Trabajo establece para que se genere un contrato de ese tipo.

En consecuencia, resulta fundamental analizar cómo define el Código de Trabajo al contrato de trabajo. Así, señala:

*“Art. 8º.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a ejecutar una obra o prestar un servicio, bajo su dependencia, por una retribución fijada por el convenio, la Ley o la costumbre.”*

Por lo, tanto la relación fundamentalmente protegida por el Derecho del Trabajo en el Ecuador de acuerdo al Código de Trabajo de 1938, era la que suponga la prestación de un servicio, bajo dependencia, y por una remuneración. En este punto, se utiliza por primera vez en el Derecho del Trabajo ecuatoriano el concepto de dependencia para caracterizar la relación que se encuentra protegida dentro del mismo. Hay que notar que se habla de dependencia expresamente y no de subordinación, ni de otros conceptos que han sido utilizados en diversas legislaciones para determinar los elementos del contrato de trabajo.

También se encuentra que la relación de trabajo a protegerse no será gratuita, ya que se establece como elemento del contrato de trabajo la onerosidad. Finalmente, es claro encontrar que se fija como otro elemento del contrato el hecho de que éste sea un servicio, lo que se explica dado que esta legislación tiene como antecedentes las normas que regulaban el arrendamiento de servicios. Desde un inicio se determinó que siempre la relación de trabajo protegida sería aquella que implica un servicio como tal y no –por ejemplo– la entrega de una cosa; actividad esta que excede lo que se considera como un servicio.

Así pues, el contrato de trabajo se convierte en la institución jurídica común en virtud de

la cual se genera la protección del Derecho del Trabajo, por lo tanto para saber cuál es la relación de trabajo protegida tendrán que analizarse los elementos de ese contrato, mismos que si se cumplen, generarán la protección laboral referida.

De todas formas, y pese a que se regula de manera central la relación de trabajo bajo dependencia en el Ecuador, mediante el contrato individual de trabajo, el mismo Código reconoce otras modalidades de trabajo; todo lo cual tiene sentido si se considera que previamente había existido varias disposiciones que regulaban relaciones de trabajo que no se limitaban a la figura del contrato individual del trabajo, ni a la relación de trabajo bajo dependencia.

Por lo tanto, el Código de Trabajo reconoce otras posibles relaciones de trabajo, mismas que a su vez no las encaja dentro del concepto general de la relación de trabajo bajo dependencia. Así y dentro de las modalidades de trabajo, el Código reconoce al servicio doméstico, al trabajo a domicilio, al trabajo familiar, al trabajo de los artesanos, inclusive al de los autónomos. Es decir, que se regulan varias relaciones de trabajo que no se encasillan dentro de la figura de la dependencia, y que específicamente contienen elementos que exceden al contrato individual de trabajo. Así por ejemplo el trabajo familiar debe ser a título gratuito, mientras que el trabajo objeto del contrato individual de trabajo, nunca.<sup>28</sup>

En ningún punto se dice que las referidas relaciones de trabajo sean contratos individuales de trabajo, mucho menos se señala que entre sus elementos se encuentra la dependencia; por lo tanto, estamos ante relaciones de trabajo diferentes a la de dependencia que también se reconocen dentro del Derecho de Trabajo Ecuatoriano.

Prueba de lo dicho se encuentra al analizar la clasificación inicial de los contratos de trabajo, que en ningún caso incluyó como contratos de trabajo a las relaciones de trabajo antes anotadas. Dentro del Código de Trabajo de 1938, se dice:

*“Art. 11º.- El contrato de trabajo puede ser: expreso o tácito y el primero*

---

<sup>28</sup> “Art. 186. Entiéndese por “trabajo familiar” el que se realiza por personas de una familia, bajo la dirección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajen no sean asalariados y habiten en la misma casa.” CÓDIGO DE TRABAJO DE 1938.

*escrito o verbal; a sueldo, a jornal, en participación y mixto; por tiempo fijo, por tiempo indefinido, por obra cierta, por tarea y a destajo.”*

Claramente no señalan como tipo de contratos de trabajo al de servicio doméstico, o al de aprendizaje –por ejemplo–, modalidades de trabajo que ni siquiera se incluyeron dentro del contrato de trabajo en general, por lo que se demuestra que eran instituciones completamente autónomas.

Tal como se ha señalado, pese al reconocimiento de otras relaciones más allá de la dependencia, dentro del Código de Trabajo de 1938; la doctrina y la práctica ecuatoriana, no reconocieron autonomía en este tipo de contratos y solamente se limitaron a asumirlos como tipos de contratos individuales de trabajo con regulaciones especiales, hecho que posteriormente se manifestaría con reformas al Código de Trabajo que tendieron a asegurar que todas las relaciones de trabajo se encuentren reguladas como un tipo de contrato de trabajo, y por ende que se entiendan como tipos de relaciones laborales bajo dependencia. Lo que realmente es un retroceso, ya que si bien el Código de Trabajo nace reconociendo múltiples relaciones –lo que permitía regular mejor todo el trabajo– progresivamente va subsumiendo todas estas relaciones dentro del contrato de trabajo, lo que se explica solamente por la intención de homologar nuestro ordenamiento jurídico a las legislaciones extranjeras, que limitaban su ámbito de aplicación a la relación de dependencia<sup>29</sup>, lo cual sólo genera que el Derecho del Trabajo en la práctica provea menos soluciones ya que no regula muchas de las relaciones de trabajo que pueden existir.

Tal como se ha dicho, muy probablemente la razón para que no se haya aceptado la autonomía en su regulación –que reconoció el Código de Trabajo de 1938–, y de otras

---

<sup>29</sup> Situación, que en su caso era lógica ya que esta limitación encajaba en su realidad: “...Que el objeto de regulación ( y de protección) del Derecho del Trabajo venga siendo tradicionalmente el trabajo dependiente por cuenta ajena no es, evidentemente, consecuencia de una decisión doctrinal o política tomada en abstracto, sino de una necesidad histórica suficientemente conocida: la necesidad de introducir una regulación protectora en el trabajo industrial del siglo XIX, con el doble fin de mejorar la condición obrera y de preservar en sus grandes líneas el orden social y económico establecido.” MONTOYA, ALFREDO, *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, en CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, pág.59.

relaciones de trabajo diferentes de la de dependencia y del contrato de trabajo; fue la aplicación de la doctrina extranjera para el entendimiento e interpretación de nuestro Código de Trabajo. En virtud de lo señalado, se entendió que cualquier posible relación de trabajo solamente podía ser una relación de dependencia; por lo tanto, y aunque el Código de Trabajo ecuatoriano no limitaba ni limita su regulación a la dependencia, se interpretó el mismo en este sentido y se procedió a encasillar todas las posibles relaciones dentro del contrato de trabajo y la relación de trabajo bajo dependencia.

Hasta aquí pues, parece bastante sencilla la materia de nuestro estudio. De todas formas, lo que se encontrará más adelante es que existen una serie de discrepancias sobre los elementos del contrato de trabajo o su definición que han hecho que no haya una definición clara de la relación más relevante para el Derecho del Trabajo. Por lo tanto, materia fundamental de este trabajo es precisar cuál es esa relación, para la cual un insumo principal será el considerar el desarrollo histórico que ha sido descrito y que generó que se dicte el Código de Trabajo de 1938, mismo que con algunas modificaciones no sustanciales, es el que se encuentra actualmente vigente y el que a continuación procedo a detallar.

### *Título III*

## **EL CONTRATO DE TRABAJO**

Tal como se ha señalado, dentro del Código de Trabajo inicialmente se reconocieron otras modalidades de trabajo que no necesariamente podían ser asumidas como contratos individuales de trabajo, sino solamente como otras relaciones bajo un régimen especial. De cualquier forma, esta interpretación no fue aceptada de facto, asumiendo que toda relación especial, suponía solo un tipo de contrato de trabajo y no una relación particular.

### **3.1. CONSOLIDACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO PROTEGIDAS DENTRO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

De todas formas, para consolidar aquel entendimiento de la norma, se tuvieron que formular reformas legislativas que plenamente asuman a las demás modalidades del trabajo que fueron reguladas como si fueran contratos individuales de trabajo.

Al respecto, la primera reforma –en ese sentido– es la contenida en el Decreto Legislativo de 2 de enero de 1953, que establece un año como tiempo mínimo de duración del contrato de trabajo por tiempo fijo. Así, dentro del citado decreto legislativo, se asume como contratos de trabajo a modalidades de trabajo tales como el servicio doméstico, o la labor de los artesanos, mismos que se enlistan como si se tratase de contratos de trabajo<sup>30</sup>, cuando en un inicio –según se vio– eran modalidades de trabajo

---

<sup>30</sup> “Art. 1º Establécese un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato de trabajo por tiempo fijo o por tiempo indefinido que celebren las empresas o patronos en general cuya actividad o labor sea de naturaleza estable, con los trabajadores. Se exceptúan expresamente: “a) Los contratos por obra cierta, entendiéndose por tal aquella que no es habitual en la empresa o patrono; b) Los contratos ocasionales o temporales para atender a una labor temporal, ocasional o extraordinaria; c) los agrícolas; d) los del servicio doméstico; e) los de los aprendices; f) los celebrados entre los artesanos y sus operarios; y, g) los contratos de prueba. Estos contratos se otorgarán por una sola vez, por un plazo no mayor de tres meses. Vencido el plazo del contrato de prueba, automáticamente se entenderá renovado el contrato por el tiempo que falte para completar un año. Durante el contrato de prueba cualquiera de las partes lo puede dar libremente por terminado.” DECRETO LEGISLATIVO DE 2 DE ENERO DE 1953.

diferentes.

La idea señalada dentro del Decreto Legislativo previamente referido, se recogería finalmente dentro del Código de Trabajo, en la codificación del Código de Trabajo de 1961, donde en el artículo 14 se incluye lo dispuesto por el Decreto Legislativo antes analizado y se asume como contratos de trabajo a relaciones laborales que no habían tenido esa naturaleza. Al efecto dice el artículo 14 del Código de Trabajo de 1961:

*“Art. 14.- Establécese un año como tiempo mínimo de duración de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido que celebren los trabajadores con empresas o patronos en general, cuya actividad o labor sea de naturaleza estable, sin que por esto los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo. Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior: a) Los contratos por obra cierta, entendiéndose por tal, aquella que nos es habitual en la empresa o patrono; b) Los contratos ocasionales o temporales, sea los que tienen por objeto una labor de este carácter o extraordinaria; c) Los agrícolas; d) Los del servicio doméstico; e) Los de los aprendices; f) Los celebrados entre los artesanos y sus operarios; y, g) los contratos de prueba.”*

A partir de esta clasificación, queda garantizado el hecho de que las demás modalidades de trabajo reconocidas en el Código de Trabajo de 1961 son solo tipos de contrato de trabajo. En específico, cuando se habla de la duración de los contratos de trabajo, también se incluyen como contratos de trabajo a otras relaciones que inicialmente mantenían una regulación que era distinta que la del contrato de trabajo en general. Así pues, las diversas modalidades de trabajo reguladas por el Código de Trabajo, pasan a ser tipos de contratos de trabajo, por lo que se fortalece el hecho de que la institución fundamental para determinar la existencia de una relación de trabajo protegido por el Derecho Laboral, es el contrato de trabajo. Así pues, para conocer si cualquier tipo de relación de trabajo se encuentra protegida por el Derecho Laboral, corresponde observar si la misma se ha configurado como un contrato de trabajo, ya que, en general, todas las modalidades de trabajo o relaciones se entienden protegidas a partir de la figura del contrato de trabajo en el Ecuador.

Por esta razón será la definición que se dé al contrato de trabajo, el elemento que determine –en el Ecuador– cuándo se aplican para los trabajadores, las prerrogativas del



Derecho del Trabajo.

En consecuencia, vale referirnos al artículo 8 del Código de Trabajo, mismo que determina cuáles son los elementos que debe contener un contrato de trabajo, y por ende las características de una relación de trabajo de aquellas que serán protegidas por la norma que regula la materia. Al efecto podrá constatarse que la definición que se da del contrato de trabajo en 1938, no es la misma que actualmente aparece en el Código de Trabajo.

Al respecto, recién el 2 de noviembre de 1964 se incluyeron dentro del Código de Trabajo, aquellas reformas que definieron al contrato de trabajo tal como lo hace el actual Código de Trabajo, así dentro de la citada reforma se dice:

*“Art. 1º Establécense las siguientes modificaciones en el articulado correspondiente al Título I de Código del Trabajo vigente: “1.-El Art. 8º dirá: “Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras, a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una retribución fijadas por el convenio, la Ley, el pacto colectivo o la costumbre.”*

Dentro de esta modificación, puede encontrarse que además de que el contrato de trabajo se considera que debe suponer la prestación de un servicio, por una remuneración y bajo dependencia, también se adiciona el hecho de que la prestación tiene que ser lícita, lo cual resulta un tanto irrelevante porque toda prestación debe ser lícita para la validez de un contrato cualquiera porque de la aplicación de las normas de Derecho general, en la práctica, este elemento si existía.

En todo caso, el elemento adicional que aparece es que se establece que el contrato de trabajo debe suponer una prestación personal. Por lo tanto, además de los elementos propios de que exista un servicio, de que el mismo se realice por una remuneración, y dentro de una relación de dependencia, se incluye el hecho de que la prestación deba ser personal.

Esta definición es aquella que actualmente se encuentra vigente dentro del Código de Trabajo, por lo tanto esta es la que se analizará para determinar cuál es la relación

jurídicamente relevante para determinar la protección del Derecho Laboral; todo lo cual, se hará en consideración del camino histórico que se ha llevado a cabo para llegar a la definición que se estudia, intentando fundamentalmente crear una teoría propia aplicable al caso ecuatoriano que actualmente ha replicado, en muchos puntos, los criterios extranjeros sobre los temas planteados, sin que necesariamente aquellos sean aplicables al entendimiento de la legislación en el Ecuador, que por sus peculiaridades merece un enfoque particular.

### **3.2. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO PRINCIPAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA**

Tal como se ha precisado, en el Ecuador, fundamentalmente, la relación de trabajo protegida se encuentra recogida dentro del contrato de trabajo; cuyo desarrollo histórico ha llevado a que finalmente contemos con la definición del artículo 8 del Código de Trabajo que al respecto señala:

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

Por lo tanto y a partir de esta normativa paso a desentrañar cuál es la relación de trabajo fundamentalmente protegida dentro del Derecho Laboral ecuatoriano.

### **3.3. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO UN ACUERDO REGULADO SUPLETORIAMENTE POR EL DERECHO CIVIL**

Tal como se ha observado, en el Ecuador el contrato de trabajo nace inicialmente a partir de contratos civiles; más, lo relevante para este análisis es que el Derecho del Trabajo ecuatoriano no se ha deslindado completamente del ordenamiento civil para su interpretación y entendimiento.

Al efecto, todo cuanto no se haya regulado dentro del Código de Trabajo se encuentra

sometido a las disposiciones del Código Civil. Así lo señala el artículo 6 del Código de Trabajo que indica:

*“Art. 6.- Leyes supletorias.- En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.”*

Lo señalado significa que en cuanto a las reglas generales de aplicación a los contratos, el contrato de trabajo se rige por lo previsto para los contratos civiles en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado, por el Código de Trabajo. Esto, en la práctica, determina que el contrato individual de trabajo es un tipo de contrato regido por las normas generales previstas para este tipo de negocio jurídico, pero con particularidades fundamentales que lo diferencian de un contrato simplemente civil.

Por lo tanto, para entender claramente la relación de trabajo protegida por el contrato de trabajo, una primera aproximación fundamental, será la de estudiar el contrato de trabajo a partir de las reglas generales aplicables a los contratos.

### **3.4. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE TRABAJO DESDE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS**

En cuanto a los elementos generales para la validez del contrato, en nada el Código de Trabajo, ha modificado la normativa aplicable a cualquier tipo de contrato; por lo tanto, son requisitos generales para la validez del contrato de trabajo, así como para la validez de cualquier contrato, aquellos establecidos dentro del artículo 1461, del Código Civil que señala:

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

*Que sea legalmente capaz;*

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

*Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.*

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

Por lo tanto, el contrato de trabajo, por el mero hecho de ser un contrato, para ser válido debe suponer un acuerdo entre partes que sean capaces, cuyo objeto y causa sean lícitos. En caso de que no se cumpla con estos requisitos de validez del contrato, el contrato de trabajo será nulo al tenor de lo que establece el artículo 1697 del Código Civil que sobre el tema indica:

*“Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.*

*La nulidad puede ser absoluta o relativa.”*

A su vez, la nulidad que se genere si el contrato de trabajo no cuenta con los elementos citados es una nulidad absoluta al tenor de lo que señala el artículo 1698 del Código Civil<sup>31</sup>, de ahí que si los citados elementos se incumplen no solo no existe contrato de trabajo, sino que en el fondo no existe contrato alguno.

Todo lo señalado se puntualiza puesto que en la definición que el artículo 8 del Código de Trabajo hace del contrato de trabajo, parecería establecer como elementos propios del contrato de trabajo el hecho de que la prestación sea lícita, y que exista consentimiento entre las partes para su realización, mismo que ha sido a su vez considerado por la doctrina ecuatoriana que ha entendido que entre los elementos del contrato se encuentra la licitud de la prestación, y la existencia de un acuerdo.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> “Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. CÓDIGO CIVIL.

<sup>32</sup> “Elementos esenciales del contrato individual de trabajo: Acuerdo de las partes; prestación por parte del trabajador de servicios lícitos y personales; relación de dependencia o subordinación: la obligación del

Al respecto, debe considerarse que la obligación de que el contrato de trabajo deba ser un acuerdo de las partes y deba tener un objeto lícito no es una consecuencia especial del contrato de trabajo, sino un elemento general de todo contrato.

Por lo tanto, la definición del contrato de trabajo en cuanto establece como elementos del mismo que éste es un acuerdo que debe tener un objeto lícito, resulta innecesariamente repetitiva, ya que estos requisitos deben cumplirse en el contrato de trabajo no porque los establezca el artículo 8 del Código de Trabajo, sino porque el contrato de trabajo es un contrato en el que se aplica la teoría general de los contratos en esta parte.

### **3.5. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS AL CONTRATO DE TRABAJO**

A su vez, el efecto de que en el contrato no se cumplan con los requisitos de validez de los contratos en general es la nulidad absoluta<sup>33</sup>. Esto significa que se aplica para su alegación no lo que establece el artículo 1699 del Código Civil<sup>34</sup>, sino lo que señala el artículo 40 del Código de Trabajo que afirma:

*“Art. 40.- Derechos exclusivos del trabajador.- El empleador no podrá hacer efectivas las obligaciones contraídas por el trabajador en los contratos que, debiendo haber sido celebrados por escrito, no lo hubieren sido; pero el trabajador sí podrá hacer valer los derechos emanados de tales contratos.*

---

trabajador de someterse a las órdenes e instrucciones del empleador y al reglamento interno; y, pago de una remuneración: estipendio, contraprestación.” MONESTEROLO, GRACIELA. *Instituciones de Derecho Laboral Individual: herramientas didácticas*. 2ª edición, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, pág. 94.

<sup>33</sup> OSPINA, GUILLERMO; OSPINA, EDUARDO. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª edición, Bogotá: Temis, 2009, pág. 439.

<sup>34</sup> “Art. 1699.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. CÓDIGO CIVIL.

*En general, todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador.”*

Así pues, el hecho de que se determine si un elemento del contrato de trabajo es un requisito de validez de los contratos en general o un elemento esencial del contrato, también tiene una relevancia práctica. Así pues, si un elemento determinado es un requisito de validez en general, dado que el empleador no puede alegar el incumplimiento de los requisitos de validez del contrato, por expreso mandato del artículo 40 del Código de Trabajo, dicho incumplimiento solo podrán ser imputado por el trabajador; lo que no ocurre con el caso de los elementos esenciales del contrato de trabajo que pueden ser alegados por ambas partes, de ahí que esta diferenciación tiene una relevancia práctica importante.

Al respecto, la razón de que la nulidad dentro de un contrato de trabajo solo pueda ser alegada por el trabajador yace en el hecho de que el empleador, como parte en situación de supuesta superioridad en la negociación del contrato, debe tener certeza por lo menos del cumplimiento de los requisitos de validez del negocio jurídico que celebra; si por el contrario, no ha sido lo suficientemente diligente de comprobar el acaecimiento de los mismos, no puede alegar su incumplimiento, ya que es la obligación del patrono –como parte en situación de ventaja– quien debe observar el cumplimiento de los requisitos de validez del contrato.

Así pues, el empleador no podría beneficiarse de su propio dolo al alegar el incumplimiento de las disposiciones que él debía observar que se cumplan. Por otra parte, siempre puede el trabajador alegar la nulidad del contrato, ya que no reside en él, la obligación de comprobar la existencia de los requisitos de validez del contrato

El Derecho del Trabajo entiende al trabajador como parte desvalida, y por ende no le exige diligencia al momento de observar si se han acatado o no los requisitos de validez del contrato; luego bien puede alegar la existencia de causas de nulidad, ya que el incumplimiento de esta obligación, dado que no le corresponde, a su vez no se le puede imputar.

Entonces, una vez que se declare la nulidad, que en el caso de incumplimiento de los requisitos de validez es absoluta, se produce el efecto de la *restitutio in integrum*, así se

establece dentro del artículo 1704 del Código Civil que señala:

*“Art. 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”*

Por lo tanto, si el efecto de la nulidad es que se proceda como si el contrato jamás se hubiese celebrado, y por otra parte si al trabajador ordinariamente no le interesará que se declare que su relación de trabajo nunca existió –ya que perdería el derecho a sus beneficios laborales–; todo esto significa que en la práctica, la acción de nulidad del contrato de trabajo que solo puede interponer el trabajador será muy poco probable que se produzca.

Así pues, la relevancia del tema yace por un lado desde el aspecto contencioso en encontrar que si lo que se discute es la inexistencia de un requisito de validez, aquello solo podrá ser alegado por el trabajador; mientras que si lo que se habla es de la inexistencia de un elemento esencial del contrato aquello podrá ser alegado por cualquiera de las partes, siempre que la inexistencia del elemento alegado no suponga la nulidad del contrato, sino la mutación en otro diferente.

De todas formas y de manera más relevante, la determinación de aquello que se considera como un requisito de validez de los contratos, y lo que por otra parte es un elemento esencial del contrato de trabajo es fundamental dentro de este trabajo.

Al respecto, los requisitos de validez de los contratos no precisan diferenciar en nada el contrato de trabajo de cualquier otro contrato, ya que cualquiera deberá cumplir con aquellos requisitos. Así pues y dado que este trabajo pretende dilucidar claramente los

elementos diferenciadores del contrato de trabajo que es aquel que determina la relación relevante para el Derecho de Trabajo, en adelante me centraré en desarrollar y estudiar estos elementos esenciales del contrato de trabajo, ya que son ellos lo que permiten diferenciarlo de otros contratos; de ahí que requisitos generales para la validez de los contratos tales como la licitud de la prestación, dado que no presentan ningún mecanismo de disposición especial para el contrato de trabajo, no merecerán ningún análisis adicional.

### **3.6. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Una vez que se ha determinado que son requisitos de validez del contrato el consentimiento, y la licitud de su objeto, la licitud de su causa, y las capacidad de las partes, los demás elementos que se describen dentro de la definición del contrato de trabajo suponen partes esenciales y particulares del contrato de trabajo, por lo tanto son estos pues los que precisan la relación de trabajo protegida dentro del contrato de trabajo; misma que es la relevante para el Derecho Laboral.

Así y al hablar de los elementos esenciales del contrato de trabajo, corresponde observar cómo se ha definido a los elementos esenciales en general. Así, al tenor de lo que establece el artículo 1460 del Código Civil que dice:

*“Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”*

El hecho de que sean elementos esenciales supone que si los mismos no se encuentran en el contrato no se produce necesariamente su nulidad; sino que el acuerdo puede devenir en otro. Esta situación permite que el empleador pueda alegar la inexistencia de estos elementos sin que se vulnere lo establecido dentro del artículo 40 del Código de



Trabajo.

Luego, y a partir de la definición del contrato de trabajo contenida en el artículo 8 del Código de Trabajo, puede concluirse que tiene como elementos esenciales: 1) Es un contrato de prestación de servicios; 2) que supone una prestación personal; 3) bajo dependencia; y 4) se realiza por un remuneración.

Los antes mencionados, son los elementos esenciales que definen al contrato de trabajo. Si no se cumple al menos alguno de estos elementos, el contrato se transforma en otro, y por lo tanto se deja de aplicar la regulación laboral a la relación. Por lo tanto para determinar finalmente cuál es la relación de trabajo relevante dentro del Código de Trabajo tienen que analizarse puntualmente estos elementos, como paso a detallar.



## *Título IV*

### ***LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO UN ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO***

De la lectura del artículo 8 del Código de trabajo que establece los elementos esenciales que debe contener el contrato de trabajo, puede encontrarse con claridad que uno de los elementos que se precisan en aquella norma, es el que tiene relación con que el contrato de trabajo es un contrato que supone la prestación de servicios.

#### **4.1. LA SOLA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ES UN ELEMENTO AUTÓNOMO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Al respecto, la doctrina ecuatoriana actual no le confiere la cualidad de elemento autónomo a la prestación de servicios, y solamente estudia el elemento de prestación de servicios personales y lícitos, sin hacer mayor referencia al tema de los servicios; sino enfocándose fundamentalmente en la personalidad y licitud de los mismos.<sup>35</sup>

De esta forma y dado que esta investigación busca precisar la relación de trabajo protegida por el Derecho de Trabajo ecuatoriano, corrigiendo los equívocos suscitados, para a partir de este punto, redefinir la relación protegida por el Derecho Laboral; un primer punto de interés constituye el señalar que contrario a lo que se ha considerado, de la interpretación normativa, así como del análisis histórico de la regulación ecuatoriana, la primera corrección que debe efectuarse es la que tiene relación con considerar como elemento del contrato el que este supone un servicio, lo que no se ha hecho en el Ecuador.

Por otra parte y en cuanto se afirma que el elemento es que los servicios sean personales,

---

<sup>35</sup> TRUJILLO, JULIO CÉSAR. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008, pág.115.

cabe destacar –conforme se observó del análisis histórico que nos ha llevado a obtener la definición de contrato del artículo 8 del Código de Trabajo– que el antecedente fundamental de la existencia del contrato de trabajo es el contrato de arrendamiento de servicios<sup>36</sup>. Por lo tanto desde un inicio ha sido un elemento fundamental que el contrato de trabajo suponga un servicio, sin ninguna referencia a la personalidad de la prestación, elemento que nace posteriormente en la historia del Derecho Laboral ecuatoriano.

Tan cierto es lo manifestado, que cuando se dicta el primer Código de Trabajo ecuatoriano en 1938, se establece claramente que uno de los elementos del contrato es que este sea un servicio, sin ni siquiera referirse a la personalidad o licitud de estos. Por lo tanto, desde un inicio, siempre se consideró autónomamente al servicio como un elemento del contrato, de ahí también la importancia de valorar el desarrollo histórico del Derecho Laboral como mecanismo necesario para entender la configuración del contrato de trabajo.

En todo caso, y en cuanto al tema hay que encontrar que solo posteriormente se incluyó la necesidad de que la prestación sea personal, más nunca se eliminó el hecho de que estamos ante un servicio, sino que se adicionó otro elemento. Esto pues, significa que un elemento del contrato de trabajo es que el mismo sea un servicio, y otro distinto es que suponga una prestación personal, por lo que dentro de este trabajo será objeto de un análisis independiente, ya que históricamente así fue concebida la norma.

Al efecto, hay que concluir que entre los elementos del contrato de trabajo está el hecho de que este es un contrato para la prestación de servicios sin ningún otro calificativo. Así

---

<sup>36</sup> “...El contrato de trabajo, como fórmula legal, es una «novedad jurídica»: el contrato de trabajo es una nueva forma de la relación económica de los hombres, puesta por las novísimas condiciones y ambiente de la producción y por la especial naturaleza de los elementos que a ella contribuyen, y nueva también la realidad de la vida, porque hasta ahora no se ha utilizado forma ninguna de contratación que encajara en las necesidades que se experimenta. No es el contrato de trabajo una relación jurídica que tiene su raíz en el Derecho antiguo, puesto que ha surgido con la empresa contemporánea. Con todo, el contrato de trabajo ha sustituido a la categoría de la *locatio operarum*, frente a la tentativa de encuadramiento jurídico del trabajo, reduciéndolo a una categoría universalizante, que no era sino la «*locatio*», considerada inmutable en la tradición romanística”. MONEREO, JOSÉ LUIS. *La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho; significación técnica de la dependencia y ajenidad*. En CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 214-226.

pues, si no existe servicio, no se configura un elemento esencial del contrato de trabajo; lo cual si bien no de manera común, sí ha sido considerado por la jurisprudencia ecuatoriana.<sup>37</sup>

El hecho de que un elemento del contrato de trabajo sea el de constituir un servicio, en efecto, supone un elemento en sí mismo que merece ser analizado para conocer cuál es la relación de trabajo que se encuentra protegida por el contrato de trabajo. Así pues, solo con que se incluya como un elemento del contrato de trabajo a la prestación de servicios ya se está corrigiendo el error histórico que –en el Ecuador– se ha generado al no considerar autónomamente a la prestación de servicios como un componente

#### **4.2. CAUSAS POR LAS QUE NO SE HA ESTUDIADO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ELEMENTO DEL CONTRATO**

De esta forma, lo primero que corresponde analizar son las razones por las que no se han realizado mayores estudios, dentro del Derecho de Trabajo, para definir como un elemento del contrato de trabajo a los servicios.

Al respecto, en el Ecuador no ha existido un análisis del hecho de ser un servicio como un elemento del contrato de trabajo, ya que no suele considerarse como un elemento del contrato de trabajo a la prestación del servicio, sino que el contrato de trabajo supone un servicio personal, tal como ya se ha descrito, por lo que no hago mayores precisiones sobre el tema.

Otra razón que puede explicar por qué no se ha estudiado al servicio como un elemento independiente del contrato de trabajo es que históricamente en Derecho Laboral –tal como se ha precisado previamente– se ha intentado deslindar al contrato de trabajo de la figura del contrato de prestación de servicios, puesto que la figura de la prestación de servicios suponía la existencia de un régimen no protector del trabajador, lo que es absolutamente contrario al régimen laboral actual. Así, es que en un intento casi ideológico, se ha pretendido evitar el uso de la terminología propia de servicios y se ha

---

<sup>37</sup> Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 9. Pág. 880 (Quito, 27 de Octubre de 1955).

pretendido no observar que uno de los elementos del contrato de trabajo es la ejecución de un servicio.

Al efecto, si bien es cierto lo dicho, el hecho de que se entienda que es un elemento del contrato de trabajo, el de ser un servicio, en nada significa que se deba aplicar el régimen civil de los contratos a esta prestación en todo lo que se encuentra expresamente regulado por el Derecho Laboral, de ahí que no se pierde la protección propia del Derecho del Trabajo si se considera al servicio como un elemento del contrato de la materia.

De cualquier forma, un análisis riguroso del contrato de trabajo permite observar que uno de los elementos del mismo es la prestación de un servicio; por lo que, en cualquier caso, tiene que estudiarse este elemento del contrato más allá de cualquier consideración ideológica que pueda tenerse para no usar esta terminología.

Finalmente y entre las causas que pueden explicar el supuesto de que no se haya definido como un elemento del contrato de trabajo el hecho de que supone un servicio, merece contemplarse que el catálogo de contratos que pueden considerarse como servicios resulta muy extenso; de tal forma que si se llega a la conclusión de que un contrato es de servicios, aquello no diferencia claramente el régimen jurídico que le será aplicable –casi en ningún punto– a un contrato, puesto que la gran mayoría de contratos que existen podrían calificarse como de servicios; de ahí que tampoco, en Derecho, ha sido una característica definitoria de casi ninguna relación contractual. Todo lo cual puede explicar también por qué la ciencia jurídica no ha dedicado mayor espacio para exponer y teorizar sobre un concepto tan ubicuo.

#### **4.3. DEFINICIÓN DEL SERVICIO COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

De lo anteriormente dicho, lo primero que debe entenderse es a qué nos referimos al hablar de la ejecución de servicios, de tal manera que podamos entender el concepto de este elemento, y así poder valorar si el mismo –dentro de una determinada relación– se configura o no. Así, y dado que ni siquiera ha existido la consideración de este elemento y que mucho menos se encuentra una definición, parte primordial de este

apartado será la de otorgar un significado al elemento del contrato de trabajo que supone la prestación de servicios.

Al respecto, dentro del Ecuador, no existe una clara definición de aquello que tiene que ser considerado como un servicio desde la perspectiva puramente jurídica. Así pues, no existe norma alguna que establezca una definición del término que se estudia.

A su vez, a nivel internacional en el plano de lo jurídico son pocas las grandes disquisiciones para determinar lo que jurídicamente se entiende por servicio. Ni siquiera desde la perspectiva del Derecho Civil o Mercantil, mucho menos dentro del ámbito laboral –donde no se ha considerado ordinariamente que sea un elemento del contrato de trabajo la existencia de un servicio–. De ahí que muy poco se ha teorizado dentro del Derecho, y en particular del Derecho Laboral, sobre aquello que se considerará como servicio.

Pese a lo señalado y aunque no ha existido mayor definición de lo que tendrá que entenderse como servicio desde la perspectiva jurídica, dentro de este punto procedo a analizar jurídicamente una posible definición del servicio como elemento esencial del contrato de trabajo.

#### **4.3.1. Definición jurídica del concepto de servicios en el Ecuador**

De todas formas y pese a estas concepciones doctrinarias clásicas, dentro de este trabajo se define como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo el hecho de que este es un contrato para la prestación de un servicio, tanto porque así lo define el Código de Trabajo, cuanto porque el trabajo como tal, es en efecto un servicio desde una perspectiva objetiva.

En consecuencia, corresponde analizar el significado de lo que se considera servicio para entender el alcance de este elemento esencial del contrato de trabajo. Al efecto, y tal como se ha señalado previamente, la legislación ecuatoriana no define lo que se entiende por servicio; de tal forma que para el entendimiento del concepto tenemos que referirnos a las reglas generales que prevé para estos casos el ordenamiento jurídico

ecuatoriano.

Al respecto es necesario encontrar lo que establece el artículo 18 numeral 2, del Código Civil, que es norma supletoria en materia laboral, y que al respecto dice:

*“Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...)2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;”*

Esto nos lleva una vez más a observar la definición que nos da el diccionario de la Real Academia de la Lengua, sobre el significado de servicio, así, se indica que servicio, es la: “acción y efecto de servir.”<sup>38</sup>. Luego, ante esta definición que no aporta mucho, corresponde referirnos a la definición de la palabra servir, que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera y segunda acepción es: “1. Estar al servicio de alguien. 2. Estar sujeto a alguien por cualquier motivo haciendo lo que él quiere o dispone.”<sup>39</sup>

Así pues y en sentido general, se puede entender que el servicio es la acción por la cual se realiza lo que otra persona quiere o dispone. Bajo esta definición, entonces, toda actividad donde una persona ejecute una labor a pedido de otra sería un servicio.

Esta definición nos llevaría a concluir que todo contrato implica la existencia de un servicio puesto que supone obligaciones entre las partes, hecho que justificaría que nada se haya teorizado sobre el tema, ya que el hecho de que un contrato sea de servicio o no, jamás se discutiría dado que todo contrato implicaría la existencia de un servicio.

Al parecer, no es la intención del Derecho que se entienda al servicio así, como la sola ejecución de aquello que otra persona dispone. Si bien es cierto que poco se ha hecho para diferenciar al servicio o al contrato de servicio de otras figuras en materia laboral,

---

<sup>38</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=servicio>.

<sup>39</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=servir>.



por otra parte, dentro del Derecho en general no es extraña absolutamente tal diferenciación, de donde se desprende que el concepto de servicio sí se pretende acotar de alguna forma. Por lo tanto para definir al servicio como elemento del contrato de trabajo, me referiré a la conceptualización que se ha hecho del mismo en otras ramas del Derecho.

Al efecto, y con respecto al tema mencionado, el Código Civil ecuatoriano al hablar del contrato de ejecución de obra, entiende que es un tipo de contrato de arrendamiento de servicios y pretende diferenciar a aquel del contrato de compraventa, que asume que no es un contrato para la prestación de servicios.

En lo relacionado, el Código Civil dice en su artículo 1930:

*“Art. 1930.- Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta, pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.*

*Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.*

*Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.*

*Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento. En el caso contrario, de venta.*

*El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.”*

Así pues, se establece fundamentalmente que el concepto contrario al de contrato de arrendamiento, es el de compraventa. Si entendemos que el Código Civil entiende al contrato de ejecución de obra como un tipo de arrendamiento de servicios, lo dicho nos llevará a concluir que se entiende que lo contrario a un contrato de servicios, es el contrato de compraventa.

Para determinar qué se considera como servicio y qué como compraventa se establece una presunción, misma que en líneas generales supone que si el ejecutor de la actividad aporta el material para la realización de la obra, estamos ante una compraventa. La característica fundamental en este caso es que prima la entrega de una cosa o producto por un precio; de ahí que se cumple con los elementos esenciales de compraventa, que son precio y cosa.

Mientras que por otra parte, cuando el material para la ejecución de la obra es de quien ordena su ejecución, se entiende servicio; así pues la prestación fundamental es aquella ejecución o actividad inmaterial y no la entrega de la cosa.

Todo este análisis nos lleva a conclusiones interesantes. A saber, la primera es que el contrato de compraventa es contrario al contrato de arrendamiento de servicios. Luego, la compraventa supone sustancialmente la entrega de un producto; mientras que el servicio es la ejecución de una actividad inmaterial, donde lo esencial no es la entrega de un bien propiedad del ejecutor del servicio aunque –sin embargo– puede incluirla.

Esto determina que el Derecho pretende entender al servicio, no como la ejecución de cualquier actividad, sino como una prestación que fundamentalmente supone una actividad inmaterial que no se limita a la sola entrega de una cosa; criterio este que se colige del análisis de la normativa señalada.

Es evidente que se busca diferenciar al servicio de la simple entrega de una cosa, actividad que de acuerdo a la definición extensa de servicio, también podría considerarse como un servicio ya que supondría la ejecución de una disposición de otra persona. Al respecto, esa interpretación debe descartarse ya que se observa que no es la intención del Derecho asumir esa definición tan amplia de servicio, evidentemente trata de determinar que existirán contratos tales como la compraventa que no suponen la ejecución de un servicio sino la sola entrega de una cosa a cambio de un precio.

Claramente el hecho de que el Derecho pretende diferenciar al servicio de la entrega de un producto, y por ende de la compraventa, nace de la diferencia que económicamente se hace de los servicios y los productos.

Siguiendo esa lógica, el Derecho fortalece la ficción jurídica de que la compraventa no

supone la existencia de un servicio, siguiendo en parte la diferenciación que en las ciencias económicas se hace de los productos y de los servicios. Idea sobre la que se precisará más adelante.

De cualquier forma y hasta este punto, puede rescatarse que tenemos un primer indicio de aquello que se considera un servicio, en términos jurídicos. Así, encontramos que no existe una definición taxativa en Derecho en el Ecuador de aquello que podría entenderse por servicio, probablemente por los temas que han sido previamente puntualizados; sin perjuicio de lo cual, puede decirse que una definición jurídica aunque no tan precisa y ciertamente en negativo, establecería que el servicio es todo aquello que no se considere como la sola entrega de una cosa a cambio de un precio. Es decir que se define al servicio como aquello contrario a la compraventa, y donde fundamentalmente existe una prestación inmaterial más que la entrega de un producto.

#### **4.3.2. Definición jurídica del concepto de servicios en el plano internacional aplicable al Ecuador**

Sin duda la definición previa, es demasiado general, por lo que bien cabe valorar lo que se haya dicho sobre el tema internacionalmente para encontrar mayores precisiones que nos permitan entender el alcance de este elemento del contrato de trabajo. Así pues, en la actualidad han existido ya varios intentos de delinear aquello que se considera como servicio. por la finalidad práctica que esto tiene especialmente desde el ámbito mercantil internacional y siguiendo la diferenciación que en materia económica se ha realizado, donde es fundamental separar aquello que se considera servicio o bienes terciarios de los bienes primarios: materias primas agrícolas; o productos secundarios: bienes industriales, mismos que suponen un manejo económico completamente diferente.

Al respecto, ha sido un tema recurrente, también, internacionalmente, el determinar aquello que se considera como servicio ordinariamente desde la perspectiva negativa del concepto, señalándose que son aquellas prestaciones que no supongan la existencia

de una compraventa, o en general la venta de un producto tangible.<sup>40</sup>

A partir de esa diferenciación, también puede encontrarse que en materia de Derecho Mercantil, se ha intentado distanciar el concepto de prestación de servicios del de compraventa. El caso, probablemente, más global de análisis y aplicable al Ecuador que existe sobre el tema nace a partir de la aplicación de Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, misma que entiende que los contratos de servicios no pueden ser considerados como contratos de compraventa para los efectos de la Convención; de ahí se establece que el contrato de compraventa de mercadería es la antítesis de la prestación de servicios, y por lo mismo no resulta aplicable – a este –, las disposiciones de la convención. Por lo tanto, a partir de este problema práctico de interpretación normativa, surge la necesidad de realizar la disquisición entre compraventa y servicios, para determinar cuáles son los contratos a los que son aplicables las normas de la Convención, y cuáles no.

Al efecto, y para graficar la importancia de determinar si un contrato supone servicios o una compraventa, hay que referirnos a la Convención Internacional sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías, que dentro de su artículo 3 señala:

*“1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.*

*2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”.*

Por lo tanto, se encuentra que la Convención claramente establece que los contratos de servicios no están regulados por su contenido. Hecho que ha sido fundamental para que se desarrollen discusiones jurídicas que diferencien más claramente lo que se entiende

---

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ, LAURA. *Comercialización internacional de los servicios en México: marco jurídico*. México: McGraw-Hill Professional Publishing, 1998. pág. 1.

por cada uno de estos contratos.

Así, y en cuanto al análisis de fondo sobre la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de compraventa; puede notarse que del artículo citado es interesante encontrar que se hace una diferenciación muy similar que aquella propuesta por el Código Civil del Ecuador, así pues, se entiende que existe compraventa, cuando se entrega un producto que es de propiedad del ejecutor de esa obligación. Por otra parte, el servicio se asumiría cuando la materia prima para la cosa manufacturada en una parte sustancial es de propiedad de quien recibirá el bien.

Lo que pretende en este caso la disposición, es determinar que si el objeto del contrato es la prestación de una actividad inmaterial primordialmente, estaremos ante un servicio; mientras que si el objeto es la entrega de una cosa, se tratará de una compraventa.

De todas formas, no se encuentra claramente determinado qué parte de la prestación debe ser inmaterial para considerarse como un servicio; y por otro lado hasta qué punto la entrega de un bien determina que el contrato sea de compraventa, y por ende que se asuma que no estamos ante un servicio.

La dificultad al momento de dilucidar si un determinado contrato es de servicio o una compraventa –aunque antaño no era mayor– en la actualidad, por el giro de las operaciones mercantiles, se ha vuelto mucho más complicada, dado la complejidad que alcanzan algunos contratos; donde resulta muy difícil determinar cuál es su objeto o parte mayoritaria y por ende no es tan sencillo concluir si estamos ante la compraventa de un producto o ante un contrato de prestación de servicios.

Así pues, la diferenciación entre estas dos situaciones en casos de duda no se encuentra clara, por lo que con relación al tema y para esclarecerlo de mejor manera cabe remitirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea Sala 4ª, S 25-2-2010, nº C-381/2008, misma que de acuerdo a su propia declaración, entre otros temas, pretende: *“dilucidar cómo procede llevar a cabo la delimitación entre los contratos de “compraventa de mercaderías” y los contratos de “prestación de*

*servicios*”<sup>41</sup>. Si bien esto lo hace con la finalidad de determinar cuándo es aplicable la Convención Internacional sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías; por otra parte, no deja de ser productivo el ejercicio en cuanto delimita el concepto de servicios en lo jurídico; lo que sin duda será útil al momento de definir a la prestación de servicios como un elemento del contrato de trabajo.

Al efecto, es interesante encontrar que la propia sentencia reconoce el hecho de que la Convención no establece claramente un criterio diferenciador de aquello que debe considerarse como compraventa de mercaderías o prestación de servicios<sup>42</sup>; aunque, de todas maneras, sí declara que es importante hacer esa delimitación.

Luego, para intentar dilucidar el tema planteado, es fundamental observar cuál es la obligación característica del contrato que se estudia.<sup>43</sup> Claro que tampoco se especifica qué se tendrá que considerar como obligación característica, lo cual nos lleva a otra imprecisión que es que no termina de definir de –manera precisa–, cuál sería la forma de determinar cuándo estamos ante un contrato de prestación de servicios y cuándo ante una compraventa, tal como ya se analizó previamente. Aún existe, una gran subjetividad, al momento de determinar cuál es la obligación característica dentro de un determinado contrato.

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea Sala 4ª, S 25-2-2010, nº C-381/2008.

<sup>42</sup> “Art.30. En lo que atañe a la venta de mercancías que incluye al mismo tiempo una prestación de servicios, la redacción del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento no contiene ni una definición de las dos categorías de contratos ni los elementos de diferenciación entre ambas categorías. En particular, el primer guión de dicha disposición, relativo a la compraventa de mercaderías, no especifica si también se aplica cuando el vendedor tiene la obligación de fabricar o producir la mercancía en cuestión ciñéndose a determinadas exigencias formuladas al respecto por el comprador, cuando se da la circunstancia de que tal fabricación o producción o una parte de la misma podría calificarse de “servicio” en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento.” CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

<sup>43</sup> “Art. 31. A este respecto, procede recordar que, en lo que atañe a los contratos de compraventa de mercaderías y a los contratos de prestación de servicios, el artículo 5, número 1, del Reglamento recoge como criterio de conexión con el tribunal competente la obligación característica de los mencionados contratos (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch, C-533/07, Rec. p. I-0000, apartado 54).; Art. 32. Así pues, habida cuenta de la anterior consideración, es preciso basarse en la obligación característica de los contratos en cuestión. Un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de “compraventa de mercaderías” en el sentido del primer guión del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento. Un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios habrá de ser calificado de “prestación de servicios” en el sentido del segundo guión del artículo 5, número 1, letra b). CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Por otra parte, la jurisprudencia encuentra que la Convención establece ciertos criterios para determinar si un contrato supone la prestación de un servicio o la compraventa, lo que por otra parte se podría considerar son presunciones para asumir la existencia de la prestación de servicios o compraventa; es decir una suerte de indicios, que si bien no definen todas las situaciones donde se podría determinar, sí prestan algunas pistas para su determinación.

Así, se establece que el hecho de que un bien a ser entregado deba ser previamente manufacturado no significa que deje de existir una compraventa. Esta disquisición es interesante, ya que establece una regla de valoración que permite colegir que aunque existe un servicio que es la manufactura, siempre se considerará que lo sustancial es la entrega de la cosa ya que el servicio de manufactura no se entiende suficiente para modificar el hecho esencial de que la prestación principal es la entrega de la cosa; de ahí que en este contrato aunque existe por una parte un servicio, y por otra la entrega, concluimos que no estamos ante un servicio.

Este hecho determina, entonces, que bien puede existir en un contrato de servicios, productos a entregar como parte de su objeto; más, en cualquier caso, para determinar su naturaleza se aplicará la regla valorativa previa, sin necesidad de observar cuál es en efecto la prestación característica<sup>44</sup>, de donde se entiende que la sola manufactura de un bien a ser entregado no es suficiente para considerar que el contrato se convierte en uno de servicios.

Así pues, se tendrá que entender en líneas generales, que en todo contrato en que se determina la forma de fabricación de un producto –aunque exista un servicio– se presume que estamos ante un contrato de compraventa, salvo el caso de que la materia prima no sea del vendedor, situación en la cual se convertiría en una prestación de servicio por la aplicación de la regla valorativa que se encuentra dentro de la Convención, misma que entiende la existencia de un contrato de servicio si la materia con la que se fabrica el producto a entregar pertenece al adquirente. La norma entiende

---

<sup>44</sup> “...38. Por consiguiente, las disposiciones mencionadas más arriba constituyen un indicio de que el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba fabricarse o producirse previamente no modifica la calificación del contrato en cuestión como contrato de compraventa”. STJ España, de 25 de Febrero de 2010.

que en este último caso, lo único que se está ejecutando es la actividad de manufactura ya que la cosa no se entrega porque es de propiedad de quien la recibe, por lo tanto al ser la fabricación la única prestación, determina que se considere al contrato como de servicio.

Esto, trasvasado al Derecho del Trabajo, implica que no existe servicio y por ende no existe contrato de trabajo, sino compraventa dentro de un contrato donde se adquiere un producto y se fijan claras y específicas condiciones de manufactura, sin importar lo precisas que estas pueden ser, ya que no se configura un elemento esencial del contrato –que es la existencia de un servicio– sino la existencia de un contrato de compraventa.

Pero por otra parte, si el adquiriente ha suministrado los materiales del bien a entregarse, estamos ante un servicio<sup>45</sup>, y por ende si se configuran los otros elementos esenciales de la relación de trabajo, incluso estaríamos ante un contrato de trabajo.

Adicionalmente, la sentencia establece otro criterio para determinar si nos encontramos ante un contrato de prestación de servicio o de compraventa; más este criterio no se basa en las estipulaciones de la Convención, por el contrario atiende a una creación jurisprudencial.

Así pues, la jurisprudencia indica que tendrá que analizarse la responsabilidad del proveedor. En lo relacionado, si la obligación sería de resultado estaríamos ante un contrato de compraventa; mientras que si la obligación es de medios, nos encontraríamos ante un servicio.<sup>46</sup> Al respecto, aunque es un mecanismo que establece

---

<sup>45</sup> “Art. 40. En segundo lugar, es preciso tener en cuenta el criterio mencionado por la Comisión de las Comunidades Europeas relativo al origen de los materiales que han de transformarse. A efectos de la interpretación del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, también puede tomarse en consideración el hecho de que el comprador haya suministrado o no tales materiales. Si el comprador suministra la totalidad o la mayor parte de los materiales con los que se fabrica la mercancía, tal circunstancia puede constituir un indicio a favor de la calificación del contrato como “contrato de prestación de servicios”. En cambio, en el caso contrario -es decir, si el comprador no suministra los materiales- existirá un indicio sólido para calificar el contrato de “contrato de compraventa de mercaderías”. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

<sup>46</sup> “Art. 42. En tercer lugar, aunque el órgano jurisdiccional remitente no facilita información alguna a este respecto, es necesario poner de relieve que la responsabilidad del proveedor también puede ser un factor que haya de considerarse a la hora de calificar la obligación característica del contrato en cuestión. Si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad con el contrato de la mercancía, que es el resultado de su actividad, tal responsabilidad hará que la balanza se incline en el sentido de calificar



indicios, no considero que el mismo sea definitorio, ni sustancialmente relevante ya que además tampoco se deriva de lo establecido por la Convención.

Así, por ejemplo se podría contratar a un escultor para la talla de tres pilares de propiedad del contratante, estipulándose que es obligación del escultor el cumplimiento de unas medidas sin las cuales no cumple con el objeto del contrato. En este contrato, si bien existe un servicio aplicando las propias reglas de la Convención, aunque esta es una obligación de resultados y no de medios, no por ese hecho la obligación pasa a ser la de entrega de una cosa y por ende no es una compraventa, ya que es evidente que la obligación característica es la talla de los pilares; lo que supone en líneas generales un servicio. Por lo tanto, el indicio que se crea jurisprudencialmente solo en ciertos casos puede aplicarse, y no es un criterio fundamental para definir cuándo un contrato es de servicios o no. De todas formas, la jurisprudencia lo que trata es de establecer otro mecanismo para llegar a encontrar cuál es la obligación característica del contrato.

En general, entonces, los criterios objetivos que establece la sentencia para determinar si estamos ante la prestación de servicios o ante un contrato de compraventa son:

*“a) Analizar la prestación esencial, aunque no se establece qué se entiende por la misma, esta ya es un primer parámetro para definir cuándo nos encontramos ante un servicio, y cuándo no. De todas formas se puede concluir que si la prestación fundamental es la entrega de una cosa estaremos ante una compraventa, y de lo contrario ante la prestación de un servicio.*

*b) Se establecen reglas a aplicarse para saber si un caso determinado es una compraventa o una prestación de servicios, así las disposiciones sobre manufactura, no determinan que un contrato de compraventa sea de servicio, a menos que el adquirente aporte la materia prima para la realización de la obra.”*

A su vez, existe la tendencia por determinar adicionales indicios que permitan definir si

---

el contrato como “contrato de compraventa de mercaderías”. En cambio, si el vendedor únicamente es responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del comprador, tal circunstancia aboga más bien en favor de calificar el contrato como “prestación de servicios”. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

estamos ante un contrato de servicio o no, como si la obligación es de resultado o medios; los cuales de todas formas son meros indicios que no definen exactamente qué se puede entender por servicio o no, y cuáles solo son otros elementos de juicio que permiten determinar la obligación característica en un contrato determinado.

Así pues, si bien se establecen criterios de diferencia de lo que tendrá que entenderse por servicio y por compraventa, sin ninguna duda, ni la jurisprudencia, ni la Convención Internacional sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías llegan a construir una clara diferenciación sobre casos en general, ni tampoco un concepto claro de servicios.

Por lo tanto se puede concluir que en Derecho, la determinación de lo que se considera como servicios, es todavía muy imprecisa, lo cual es razonable si se entiende que el estudio jurídico se realiza a partir de la legislación, misma que no ha regulado a los servicios en general, ni ha establecido disposiciones aplicables a todos estos; de ahí que no existido la necesidad de definir ni entender qué se considerará por servicio.

A su vez, la gran mayoría de servicios presentan una regulación propia y autónoma, lo que ha significado que se defina cada servicio en particular, pero no el concepto en general. Así pues, existe la definición del contrato de mandato o del contrato de franquicia, mismos que suponen la ejecución de servicios, más no se encuentra una definición clara de los contratos de servicios en general.

Sin perjuicio de lo señalado es un hecho evidente que el contrato de trabajo en el Ecuador tiene como uno de sus elementos esenciales el hecho de que la prestación objeto del contrato suponga un servicio, de ahí que sea fundamental definir qué se entiende por el mismo.

Así, y aglutinando todo lo analizado, puede concluirse que en la actualidad –desde el análisis de las fuentes jurídicas– se entenderá que servicio es toda actividad que no suponga la sola entrega de una cosa por un precio. De cualquier forma, esta definición negativa, hace que el elemento no quede tan claramente precisado; sin embargo de lo cual esta definición de servicio, sí resulta útil para determinar qué relaciones de trabajo no suponen la existencia de un contrato de trabajo y por lo tanto no están protegidas por el Derecho de Trabajo, al no ser servicios. Así pues, todo lo que suponga la sola entrega de una cosa por un precio no será un contrato de trabajo, al no ser un

servicio

### 4.3.3. Definición del concepto de servicios por las ciencias económicas

De todas formas, para corregir la indefinición de aquello que se considera como servicio y para poder conocer este elemento del contrato con mayor claridad, se podría recurrir a otras ciencias que se han encargado, con mayor exactitud, de determinar aquello que se entenderá como servicio; para así intentar crear una definición algo más completa de ese elemento del contrato de trabajo.

Así, dentro de la ciencia económica, se han hecho interesantes avances por determinar las características de un servicio. Al respecto, es casi una teoría unánime<sup>47</sup> el hecho de que se han reconocido cuatro características fundamentales de un servicio.

A saber, para que una prestación determinada sea asumida como un servicio debe ser intangible, inseparable, heterogénea y perecedera<sup>48</sup>. Así, se entiende intangible en tanto es un bien inmaterial y no supone la entrega de una cosa, sino la ejecución de una actividad<sup>49</sup> –que *per se* es un hecho intangible– aunque pueda producir efectos materiales.

Es inseparable en cuanto no se puede deslindar la producción del servicio de su consumo –estas dos etapas son inseparables–. Inmediatamente se produce el servicio, es consumido.<sup>50</sup> Esto a su vez significa, como una consecuencia, que el servicio no se puede almacenar, o revender, ya que en la misma ejecución desaparece. Al respecto se

---

<sup>47</sup> ZEITHAML, VALERIE. *How consumer's evaluation processes differ between goods and services*, 1981; reimpresso en: LOVELOCK, CHRISTOPHER. *Services Marketing*. 2ª edición, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 1991; LEVITT, THEODORE. Marketing intangible products and product intangibles. *Harvard Business Review*, 1981, Mayo, págs. 94-102; WOLAK, RUSSELL; KALAFATIS, STAVROS; HARRIS, PATRICIA. An investigation into four characteristics of services. *Journal of Empirical Generalisations in Marketing Science*, 1998, vol. 3, pág. 23.

<sup>48</sup> BITNER, MARY JO; FISK, RAYMOND; BROWN, STEPHEN. Tracking the evolution of the services marketing literature. *Journal of Retailing*, 1993, vol. 69, n° 1, Págs. 61-103.

<sup>49</sup> MOELLER, SABINE. Characteristics of services –a new approach uncovers their value. *Journal of Services Marketing*, 2009, vol. 24, n°5, pág. 362.

<sup>50</sup> MOELLER, SABINE. Characteristics of services –a new approach uncovers their value. *Journal of Services Marketing*, 2009, vol. 24, n°5, pág. 362.

considera que el hecho de que el servicio no pueda ser guardado o reusado, supone que una característica distinta en sí misma de la inseparabilidad, y en tal virtud se define que el servicio es perecedero.<sup>51</sup>

Al respecto, es evidente que el hecho de que el servicio se consuma una vez que se produce es la razón directa de que sea perecedero, no solo eso, el servicio no es perecedero; sino que no mantiene una duración más allá de su ejecución, de ahí que al hablar de la inseparabilidad, en efecto ya se define la naturaleza del servicio, sin que sea necesario establecer la característica de ser perecedero.

Finalmente, se señala que el servicio es heterogéneo, lo que significa que cada vez que se ejecuta provoca resultados diferentes sin que pueda estandarizarse absolutamente. Está claro que este hecho se produce dado que estamos ante una actividad inmaterial que no puede reproducirse con exactitud todas las veces que se ejecuta, por su misma naturaleza.<sup>52</sup>

#### **4.3.4. Definición jurídica de servicio a partir de las consideraciones económicas**

Por lo tanto, bien podría el Derecho recoger estas definiciones de servicio hechas por la ciencia económica para definir qué contratos se consideran como servicios. Mismas definiciones que simplificadas podrían llevar a la conclusión de que el servicio es la ejecución de una actividad inmaterial, que una vez que se realiza es consumida, y que es ordinariamente heterogénea en cuanto a sus resultados.

Esto, aplicado al Derecho Laboral, implicaría que todo contrato que suponga la ejecución de una actividad inmaterial que sea inmediatamente consumida, y que suponga una ejecución heterogénea; cumpliría con el elemento esencial de ser un servicio, por lo que luego, una vez que se analice si se cumplen los demás elementos, podría encontrarse si estamos ante una relación laboral o no.

---

<sup>51</sup> ONKVISIT, SAK; SHAW, JOHN. Is service Marketing “Really” Different? *Journal of Professional Services Marketing* 1991, vol. 7, n°2, Págs. 3-17.

<sup>52</sup> ZEITHAML VALERIE; PARASURAMAN A.; BERRY LEONARD. Problems and strategies in services Marketing, *Journal of Marketing*, 1985, vol. 49, págs. 33-46.

La definición más clara de aquello que es un servicio permitiría, a su vez, precisar el concepto del contrato de trabajo y de la relación de trabajo jurídicamente protegida a través de la descripción más precisa de uno de sus elementos, lo que evidentemente serviría para precisar cuándo deben o no aplicarse las normas del Derecho Laboral.

Especialmente, es útil esta disquisición al momento de establecer los contratos que por no ser servicio, no pueden ser contratos de trabajo, dado que muchos contratos, como sería el de arrendamiento o el de mandato, caerían dentro de la figura de servicios. El hecho de que se determine que un contrato es de servicio, si bien no es concluyente para señalar si estamos ante un contrato de trabajo, la utilización del elemento servicio para valorar la relación de trabajo protegida es de gran ayuda para el caso de precisar cuáles contratos en ningún caso pueden ser contratos de trabajo por la no configuración de este elemento.

Así mismo, este elemento será fundamental para determinar una redefinición de la relación de trabajo que jurídicamente debe ser protegida por el Derecho del Trabajo, al encontrarse que existen varios servicios claramente prestados en situación de desequilibrio que injustificadamente se encuentran exentos de todo tipo de protección, hecho sobre el que más adelante profundizaré. De cualquier forma queda aquí evidenciada la sustancial importancia de esta vital disquisición.



## *Título V*

### ***LA PRESTACIÓN PERSONAL COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO***

El siguiente elemento esencial del Contrato de Trabajo que se establece dentro del artículo 8 del Código de Trabajo es aquel por el cual la actividad que se presta es personal. Así pues, no solo se requiere que exista un servicio, sino que el mismo debe ser personalmente ejecutado. Al respecto, si bien no discuto el hecho de que la personalidad sea un elemento del contrato de trabajo, por otra parte sí considero que debe formularse una definición propia de la personalidad en materia laboral, que no se base en aquella propuesta por el Derecho Civil, ya que la personalidad dentro del Derecho del Trabajo, observo, obedece a razones completamente distintas que aquellas previstas por las normas civiles, razón por la cual procedo a solventar algunos equívocos que se han formado a partir de la definición de la personalidad como un elemento del contrato de trabajo.

#### **5.1. RATIO LEGIS DEL ELEMENTO DE PERSONALIDAD**

En líneas generales, al definir el elemento de personalidad, me adscribo a la definición por la cual se ha dicho:

*“Este precepto alude a la calidad personalísima de la labor exigida al trabajador, por lo que no puede valerse de terceros para realizarla; es el trabajador el que pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, y no la de otros.”*<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> BOZA, GUILLERMO. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pág. 44.

Esta definición es interesante, puesto que se centra en el punto esencial que define este concepto. Así pues, la materia central de este elemento es que es el trabajador quien debe ejecutar la prestación para la que se le contrata, sin que pueda utilizar a otras personas para la ejecución del servicio.

Al respecto, la idea central de la legislación –detrás de este elemento, así como de cualquier otro– es cerciorarse de que la persona a la que se presta la protección del Derecho Laboral, es un individuo que efectivamente se encuentra en una situación de vulnerabilidad que así lo amerita; por lo tanto, al analizar los elementos del contrato de trabajo, debe observarse cómo estos se constituyen para garantizar la protección del trabajador vulnerable, ya que esta es la principal intención del Derecho del Trabajo.

Por lo que se establece la protección para el trabajador que preste sus servicios personales, pues se entiende que esta persona, si presta sus servicios directamente no tiene un poder de organización que le haya permitido desarrollar una empresa que le confiera una capacidad de negociación igual que la del empleador, y por ende –dado que mantiene una situación de desequilibrio– tendrá que estar protegido por las normas del Derecho del Trabajo; por lo tanto, si la actividad es ejecutada personalmente, es decir directamente por el trabajador y nadie más, el Derecho presupone una situación de desventaja que justifica la protección del Derecho del Trabajo.

Por el contrario, si el trabajador genera una organización donde es capaz de hacer que otra persona ejecute el servicio, estamos ante un empresario, el cual, al haber generado una estructura que le permite emplear a otras personas para la prestación que debe ejecutar, se entiende que se encuentra en la capacidad de negociar un contrato y, por ende, no requiere de la protección que pueda proveer el Derecho del Trabajo.

Entonces, la intención central de la norma es establecer quién debe o no ser protegido en virtud del grado de complejidad que ha alcanzado la organización que provee un determinado servicio. No encuentro que la *ratio legis* detrás del elemento de prestación de actividad personal, sea asegurar que el acreedor del servicio –es decir el empleador– pueda exigir, en todos los casos, que una determinada persona sea la que preste el servicio, ya que no es la intención primordial del Código de Trabajo proteger al empleador desde su visión primigenia, que es la que se sigue en el Ecuador; muy por



el contrario, lo que se pretende por el Derecho laboral es determinar qué persona se encuentra en estado de vulnerabilidad para otorgarle una protección.

## **5.2. EL ELEMENTO DE PERSONALIDAD NO SUPONE QUE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA LABORAL SEA SIEMPRE INTUITU PERSONAE**

Lo dicho, me lleva a discrepar con el concepto de varios tratadistas que consideran que este elemento del contrato de trabajo determina que estamos ante una obligación *intuitu personae*<sup>54</sup> esto no quiere decir que no sea un elemento del contrato de trabajo la personalidad; sino que el concepto no debe verse desde la óptica civilista, que tiene una razón de ser completamente distinta.

Al respecto, la lógica de las obligaciones *intuitu personae*, supone el garantizar que el acreedor de una obligación solo entiende cumplida la misma si la obligación es ejecutada por la persona que contrató, ya que la prestación que se obliga a ejecutar el contratado se hace únicamente en razón de las cualidades de la persona que se obliga, que es el mismo objeto y causa del contrato celebrado; por lo tanto no existe ninguna forma de que se cumpla la obligación si la misma no es ejecutada por la persona que fue contratada para realizarla, ya que ésta es la razón de ser de la obligación<sup>55</sup>.

De esta manera, las obligaciones *intuitu personae* son una protección al acreedor para que se cumpla la obligación que contrató por la persona que específicamente él pretendía que sea quien ejecute la prestación, ya que la misma razón de ser de la obligación es

---

<sup>54</sup> "...intuitu personae, es decir que es personal, exclusivamente realizado por la persona del trabajador, es a la vez, intransferible, condición esta esencial de la prestación, puesto que se califica y valora la actividad, idoneidad, capacitación y talento de cada sujeto en particular..." DE DIEGO, JULIÁN. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 5ª edición, Buenos Aires: LexisNexis, 2002, pág. 30.

<sup>55</sup> "...La relación de base contractual tiene por objeto la actividad laboral como tal del trabajador (una disposición de las energías personales del trabajador que incorpora una obligación de medios más que de resultado), siendo impensable la implicación de la persona del trabajador en la relación, con independencia en principio respecto de un específico resultado que se alcance en el despliegue de dicha actividad." MONEREO, JOSÉ LUIS. *La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho; significación técnica de la dependencia y ajenidad*. En CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 214-226.

que sea una particular persona quien cumpla con la obligación pactada.

Al respecto, el criterio antes detallado no es el que considera la norma para establecer que la actividad que se realiza debe ser personal. Lo que pretende el Derecho del Trabajo, no es asegurar al empleador que el servicio se preste solamente por la persona que contrató, ya que el Derecho del Trabajo no se ha concebido –en ningún caso– como una garantía para el empleador; de ahí que si esta fuese la lectura, sería contraria a la misma esencia de esta disciplina, que primordialmente se crea para la protección al trabajador; por eso, carecería de sentido que la principal institución jurídica del Derecho del Trabajo –como es el contrato de trabajo– incluya entre sus elementos uno que pretenda proteger al empleador. Al respecto si bien es cierto que en la actualidad, en algunas legislaciones se pretende proteger también al empleador, habrá que recordar que históricamente el Derecho del Trabajo no tuvo como intención la protección del empleador; de tal forma que no resulta convincente interpretar la principal institución jurídica que se crea para la protección del trabajador a la luz de la protección al empleador, lo que a su vez, sería menos sostenible en el caso del Código de Trabajo en el Ecuador, que aún hoy, en muy escasas ocasiones, provee de una protección al empleador.

Así, si bien es cierto que es relevante dentro del proceso de contratación, la selección de la persona que va a prestar sus servicios, ordinariamente –para el empresario– resulta irrelevante la individualidad del trabajador para la prestación del servicio, ya que siempre que se cumpla con la prestación del servicio contratado –especialmente en los niveles más primarios de la industria– será irrelevante quien lo haya ejecutado.<sup>56</sup> Sería muy extraño que el objeto de un contrato de trabajo sea que el obrero «A», realice la manufactura de cocinas, y que el obrero «B», que tiene exactamente la misma calificación que el obrero «A», se encuentre impedido de realizar

---

<sup>56</sup> “... Para completar la caracterización del contrato laboral debe destacarse que, en principio, se concierne *intuitu personae*; pero no considerando que se trate de determinado individuo, sino que el mismo sea el agente adecuado para la prestación de que deba realizar. Para el empresario suele ser indiferente que el trabajador sea uno u otro, pero sí pone interés especial en que conozca el oficio o la actividad en que ha de desempeñarse, y según una aptitud que se revelará en alguna prueba o en los primeros días de su incorporación. Los antecedentes profesionales contribuyen asimismo a personalizar la prestación laboral”. CABANELLAS, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I, 4ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 200, pág. 321.

la manufactura de cocinas, ya que la obligación material del contrato de trabajo solo se cumple si el obrero «A» es quien realiza la manufactura de cocinas.

Este tipo de obligaciones no suelen presentarse en los contratos de trabajo; sino por el contrario, en los contratos de prestación de servicios profesionales donde si es indispensable, en muchos casos, la persona que ejecuta la actividad y las cualificaciones puntuales que tiene un individuo; más, en el caso del Derecho del Trabajo sería extraordinario que se requiera que exista una persona, de tal manera especializada, que solo si ejecuta esa misma persona la prestación se entiende cumplido el servicio.

Es más, a tal nivel de especialización –como se ha dicho–, estaríamos hablando ordinariamente de un trabajo que no estaría sometido a la organización o dirección del empleador, y por ende autónomo; de tal manera, que no es claro observar que la obligación que presta el trabajador deba entenderse como *intuitu personae* siempre, aunque en algún caso si se podrá encontrar esta posibilidad.

Al respecto y como réplica de este razonamiento, bien podría decirse que existen muchos casos donde es indispensable que la prestación del trabajo se produzca por una misma persona, y por nadie más, con lo que la obligación sería *intuitu personae*, todo lo cual es cierto.

Sin embargo, por otra parte, hay que encontrar que dado que estamos analizando los elementos del contrato de trabajo –es decir aquellos que tienen que cumplirse en todos los contratos– no puede señalarse que el elemento de personalidad del contrato de trabajo siempre supone la existencia de una obligación *intuitu personae*, puesto que en muchos casos no es la intención del empleador que solo un trabajador y nadie más pueda ejecutar la prestación que requiere en todos los casos; de ahí, que el elemento de personalidad, que es común a todos los contratos de trabajo, no es aquel por el cual se entiende que la obligación es *intuitu personae*, sino que es aquel en virtud del que se entiende que el trabajador no ha podido organizar un andamiaje empresarial que determine que ya no se encuentra dentro de un estado de vulnerabilidad, y que por lo mismo ya no deba gozar de la protección prevista por el Derecho del Trabajo.

En conclusión, dado que no siempre es la intención del empresario que una determinada

persona realice una actividad como requisito para que se cumplan las obligaciones de un contrato, será muy difícil decir que es un elemento sin el cual no existe el contrato de trabajo.

### 5.3. CASO DE LOS SUSTITUTOS

Así pues, la intención de la norma es que el trabajador siempre que preste sus servicios directamente y no haya logrado conformar una organización que le permita que otras personas presten el servicio en su lugar, estará protegido por el Derecho del Trabajo. Esto significa, por ejemplo, que si el trabajador presenta un sustituto que ejecute su trabajo –dada la imposibilidad de realizarlo por cualquier razón– se entienda que el trabajo en efecto fue realizado, hecho que si la obligación fuese *intuitu personae* no puede asumirse, ya que la obligación solamente se cumpliría cuando sea ejecutada por la persona que se contrata, sin importar si en efecto se cumplió o no una actividad determinada. El hecho de que el empleador tenga que aceptar al sustituto, a su vez, en nada hace que la obligación siempre sea *intuitu personae*, por el contrario, lo que determina es que bien puede prescindirse de que la obligación sea *intuitu personae*, sin que por ese hecho desaparezca el elemento de personalidad que –como vemos– en Derecho Laboral debe interpretarse más en el sentido de que el trabajador no ha constituido una organización que le permita ser considerado como empresario.

En el caso de la sustitución, si un trabajador es autorizado para dejar de ejecutar la prestación para la que se le contrató, bien puede otro sustituirlo, y en este caso no se considerará que por el solo hecho de la sustitución en la prestación del servicio, la obligación ha dejado de ser personal, ya que en el fondo sigue cumpliéndose con la *ratio legis* del elemento de personalidad que es que el trabajador no haya alcanzado un nivel de organización tal que pueda emplear a otros para realizar su trabajo.

La sustitución que se da en el caso de licencia a un trabajador, atiende al hecho de que no puede interrumpirse la producción, más en ningún caso supone que la prestación deje de ser personal, ya que en el fondo si bien el trabajador deja de cumplir con la ejecución de un servicio, no lo hace porque haya alcanzado un nivel de organización que le permita contar con otra persona para que desempeñe su trabajo; sino porque le resulta imposible

seguir prestando el servicio, de tal manera que aquella razón no permite que se considere que se encuentra incumpliendo sus obligaciones, ya que en el fondo no ha logrado una organización empresarial que justifique que haya perdido su derecho a la protección especial del Derecho del Trabajo.

En el Ecuador, un ejemplo de licencia sería la prevista en el artículo 42 numeral 27 del Código de Trabajo, que dice:

*“27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos. El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa.”*

En el caso propuesto, el empleador puede contratar a otro trabajador para que sustituya el trabajador licenciado, mediante la celebración de un contrato eventual, mismo que se encuentra previsto en el artículo 17 del Código de Trabajo, que señala:

*“Art. 17.- Contratos eventuales, ocasionales, de temporada.- Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de la misma.”*

En todo caso, y si bien aparece una nueva relación laboral entre el trabajador sustituto y el empleador, esta relación –jurídicamente– se realiza para la ejecución de la prestación que no puede ser cumplida por el trabajador licenciado, por lo tanto, la prestación que ejecuta el trabajador sustituto es la del licenciado; de tal forma que en estricto sentido, la prestación que realiza el sustituto hace que la ejecución del servicio

no sea personal en el sentido civilista, ya que es un tercero el que ejecuta la actividad que debía ser cumplida por la persona que obtuvo licencia para estudiar.

De todas formas no se puede considerar que por este hecho deje de existir una relación de trabajo que cumpla con el elemento de personalidad, ya que no se vulnera el real sentido de este elemento, dado que en el fondo no se cumple con el caso previsto para que se levante la protección del Derecho Laboral. Así pues, la prestación no deja de ser personal, porque el trabajador deja de prestar sus servicios directamente, ya que aquello no se produce porque ha alcanzado un nivel de organización que le permita encargar a otra persona la ejecución de la prestación para la que fue contratado.

Lejos de aquello, el hecho de que el trabajador se vea sustituido, es provocado por un permiso para prepararse, y pese a que quien ejecuta la prestación es otra persona, en ningún caso por este solo hecho se puede entender que el trabajador ha alcanzado un nivel de organización que ya no le permita estar protegido por el Derecho del Trabajo. Así pues, para analizar si existe el elemento de personalidad en materia laboral, lo que tendrá que valorarse, en el fondo, no es si el trabajador puede o no ser sustituible –lo que no es relevante en cuanto al objeto del Derecho del Trabajo– sino que debe observarse si el trabajador, al prestar sus servicios, lo hace personalmente o partir de la creación de una estructura que le permite encargar de aquello a otros para obtener un beneficio, de tal forma que si sucede lo último, se pierde la protección del Derecho del Trabajo; estamos, así, ante otra definición del sentido del elemento de personalidad.

Esto significa, por otra parte, que si la prestación fuese *intuitu personae*, en ningún caso podría sustituirse el ejecutor de la prestación –tal como se ha querido defender por varios tratadistas<sup>57</sup> – ni siquiera con la aceptación del empleador, ya que por más que aquella exista, eso determinaría que la obligación no es *intuitu personae* en el sentido civilista de la definición.

---

<sup>57</sup> “...El trabajo debe ser estrictamente personal. Quien realiza un contrato de trabajo no puede ser sustituido por otro. Por eso, se dice que es “*intuitu personae*” con respecto al trabajador. Es comprensible que así sea porque la misma inseparabilidad entre la prestación y la persona del trabajador, no son indiferentes las condiciones de habilidad y de confianza de cada persona. Se trata de situaciones o condiciones intransferibles.” PLÁ, AMÉRICO. *Curso de Derecho Laboral, Contratos de trabajo Tomo II Volumen I*. Montevideo: Acali, 1978, págs. 19-21.

En el caso propuesto, por ejemplo, para que el trabajador que sale por una licencia se encuentre en una situación tal que haga que desaparezca el elemento de personalidad en su relación, sería necesario que el trabajador directamente haya contratado a una persona para que desempeñe su trabajo, ya que en ese caso el trabajador estaría constituyendo el nivel de organización que hace que no se encuentre protegido por el Derecho Laboral, puesto que estaría convirtiéndose en empresario, de tal forma que no ameritaría la protección de alguien que interviene en el mercado en iguales condiciones que cualquier otra parte.

De cualquier forma, en el Derecho del Trabajo, es permitida en una gran variedad de casos, la sustitución de trabajadores en casos de licencia, situaciones en las cuales se acepta la ejecución del servicio por otra persona diferente del trabajador encargado en ejecutarlo; sin que por ello se considere que se ha incumplido el elemento de personalidad dentro de la relación de trabajo<sup>58</sup>. Por lo tanto, estamos hablando de un caso no extraño, sino relativamente común.

Diferente en todo caso, es la situación donde el trabajador sería quien se encargue de la contratación y remuneración del sustituto, caso en el cual el trabajador –con respecto al sustituto– pasa a ser empresario, y por ende, alcanza el nivel de organización que establece que no tiene derecho a la protección que el Derecho del Trabajo confiere. Así, pues, ha considerado la jurisprudencia española en el caso de sustitutos que son contratados por el propio trabajador, que en esa situación se incumple el elemento de personalidad de la prestación<sup>59</sup>, entendido este desde la perspectiva de la nueva definición laboral que se propone del elemento de personalidad, que no coincide exactamente con la definición de personalidad civilista, que en muchos casos se ha aplicado para el entendimiento de este elemento.

En cualquier caso, entonces, para que no se vulnere la personalidad, jamás el trabajador podrá generar una organización autónoma por la que contrate a su sustituto, debiendo siempre contar con la anuencia del empleador para la contratación, hecho que incluso

---

<sup>58</sup> Ver para un criterio similar al expuesto: STS 25 enero 2000, Rec. 582/1999.

<sup>59</sup> Al respecto: STSJ Castilla-León, Sala de lo Social 17 julio 2006, Rec. 1260/2006.

sucede en el sistema anglosajón.<sup>60</sup> Con lo que sin duda alguna, estamos ante una obligación que en nada es personalísima en el sentido civil, sino que es una personalidad laboral, que lo que busca es que el trabajador no se convierta en sí mismo en empresario como requisito fundamental para otorgarle protección del Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, aunque podría parecer lo mismo, el hecho de que la actividad que se presta en un contrato de trabajo sea personal no significa que estamos ante una obligación *intuitu personae*, obligación esta que es aplicable a situaciones completamente diferentes y que suponen una protección para el acreedor del servicio; es decir que tienen una razón de ser muy diferente que el elemento de personalidad del contrato de trabajo, el cual lejos de pretender la protección del acreedor del servicio, es una garantía para el trabajador. Por lo tanto, aunque similar la obligación objeto del contrato de trabajo con una obligación *intuitu personae*, por tener una diferente causa termina siendo distinta.

En suma, para que se configure el elemento de personalidad, lo que se exige es que el trabajador preste sus servicios directamente pero no simplemente por una necesidad vacía de que se ejecute la prestación de esa forma; sino como un mecanismo que permita asegurar que el trabajador no ha alcanzado un nivel de organización que le permita emplear a otras personas para prestar un servicio, lo que determinaría que haya alcanzado la calidad de empresario y que, por ende, no tendría derecho a gozar de la protección especial que se genera por el Derecho de Trabajo que asume la existencia de una desigualdad, que en el caso señalado no existiría.

Esto determina que, en el caso de sustitución de un trabajador que reemplace a otro y

---

<sup>60</sup> "...The final hurdle for the potential employee is to show that there are no terms in the contract that are inconsistent with an employment relationship. For example, the courts have stressed that an employee is someone who performs work personally for the employer. If an employee does not feel like going to work, he or she cannot simply send someone else instead. This would be a breach of contract. The courts have inferred from this that if a person does have the contractual right to send a substitute, then he or she cannot be an employee: *Express and Echo Publications v. Tanton*. This decision has been much criticized by commentators because it provides employers with an easy way of avoiding the obligations of the employment relationship. Since employers usually draft contracts, they can simply insert a substitution clause. However, the position has been mitigated somewhat by *MacFarlane v. Glasgow CC*. Here, the employees were able to provide a substitute, but only from a list of names approved by the employer and only when they were unable to work for some valid reason, such as illness. The court held that this more limited substitution clause was not inconsistent with a contract of employment." DAVIES, ANNE. *Perspectives on Labour Law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 88.



que este ejecute la prestación del sustituido, aunque el sustituto cumpla la prestación encargada al trabajador sustituido, y por ende la prestación deje de ser personal; no por eso se deja de cumplir el elemento de personalidad, puesto que no se vulnera la *ratio legis* de este elemento, ya que el trabajador no ha logrado establecer una organización suficiente que haga que el Derecho pueda considerar que no cabe protección.

#### **5.4. LA PERSONALIDAD DE LA PRESTACIÓN NO CONVIERTE AL TRABAJADOR EN OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Ya ha quedado, entonces, definido el alcance del elemento de personalidad en materia laboral. Esto, a su vez determina que no se debe confundir a este elemento tampoco con el hecho de que sea el trabajador el objeto del contrato de trabajo.<sup>61</sup> Al respecto, si bien se podría decir que esta discusión tendría que ser innecesaria, aún existen algunos autores que la traen a colación, así como también existe –algunas veces– confusión relacionada con este punto.

Así, al respecto del tema, debo señalar que en ningún caso puede entenderse que es objeto del contrato de trabajo la provisión de un trabajador, como se ha entendido en algunas situaciones,<sup>62</sup>; sino que es el servicio que éste presta el objeto del contrato, hecho que se esclarece si se considera como elemento del contrato el servicio –según se ha hecho

---

<sup>61</sup> “La radical singularidad y las dificultades que entraña el trabajo como objeto de una relación jurídica radican en que, siendo algo distinto de la persona que lo ejecuta, es una emanación de ésta, existiendo una unión inescindible ente el trabajo como objeto del contrato de trabajo y el trabajador como sujeto del mismo. La solución de tiempos pasados consistió en cosificar al sujeto reduciéndolo a un instrumento o semoviente (esclavitud). La solución contemporánea y el avance histórico están justamente en mantener la distinción del trabajador-trabajo y en que, además, la de desprenderse de los frutos y empeñar para otro el trabajo encaminado a su obtención sea una decisión jurídicamente libre y voluntariamente aceptada; pero teniendo siempre en cuenta que el trabajo es «inmanente... la persona del trabajador» (Grandi). La intimidad de la conexión entre su objeto y su sujeto hace desde luego que la prestación contractual de trabajo sea *personalísima* no ya en el sentido jurídico estricto de que sea debida por persona determinada, sino, se insiste, en el, a la vez más amplio y sutil, jurídico también, de que empeña la persona del trabajador en su cumplimiento.” ALONSO, MANUEL; CASAS, MA. EMILIA. *Derecho del Trabajo*. 22ª edición, Madrid: Thomson Civitas, 2004, págs. 62-63.

<sup>62</sup> “...porque el contrato obliga a prestaciones y el trabajo no es una prestación de tipo usual de las prestaciones, sino una proyección total de las fuerzas de la personalidad que, lejos de ser objeto de la relación de trabajo, la constituye y la domina por entero; para usar la vieja terminología, podría decirse que en el hecho del trabajo se identifican el sujeto y el objeto de la relación”. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Estudios de doctrina jurídica y social*. Barcelona: Bosch, 1940, pág. 254.

previamente–, de ahí que la personalidad como elemento no puede confundirse como un argumento para afirmar que el objeto del contrato es el trabajador, o el hecho de que el trabajador se pone a disposición del empleador, ya que es la obligación expresa del trabajador no ponerse a disposición del empleador –de acuerdo al Código de Trabajo–, sino la prestación de sus servicios. Así lo señala el artículo 45 del Código de Trabajo en su literal a):

*“Art. 45.- Obligaciones del trabajador.- Son obligaciones del trabajador*

*a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;”*

Por lo tanto, existe normativa expresa que precisa que la obligación del trabajador fundamental –en el Ecuador– es la prestación del servicio. Luego, por ejemplo, en aquellos casos en que se debe la remuneración aunque no se preste el servicio por causas imputables al empleador<sup>63</sup>, lo que sucede no es que el trabajador no está obligado a prestar el servicio porque aquello no es objeto del contrato de trabajo. En dicha situación, el servicio si bien es una obligación, el trabajador no la debe cumplir puesto que el empleador lo impide de tal manera que dispensa al trabajador de cumplir su obligación ya que ante este incumplimiento de la otra parte, el trabajador queda en imposibilidad de prestar su servicio no por su culpa sino por un hecho imputable a la otra parte; lo que provoca que esa misma parte no pueda exigir el cumplimiento de aquello que impida; por tanto no se puede beneficiar de su propio dolo. Así también pasa en cuanto al trabajador, porque nadie está obligado a cumplir lo imposible, de tal forma que se puede evadir el cumplimiento de su obligación, misma que tendrá, en todo caso, que ejecutar una vez que la otra parte deje de impedir su cumplimiento ya que la obligación de prestar el servicio vuelve a ser posible.

A su vez, el hecho de que el trabajador preste sus servicios directamente, en ningún caso supone que el trabajador sea parte de la prestación, sino en todos los casos es sujeto y

---

<sup>63</sup> “Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador: (...) 18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador”. CÓDIGO LABORAL ECUATORIANO.

parte contratante, más no objeto. El objeto será la actividad o trabajo al que se compromete el trabajador<sup>64</sup>, que en caso de que no se ejecute, deberá ser cumplido.

Así mismo, en cualquier caso, la prestación que desempeña un trabajador bien puede ser realizada por otro, sin que aquello signifique de forma alguna que la prestación ha dejado de ser personal en materia laboral ya que –como se ha descrito ampliamente– no estamos ante una obligación *intuitu personae*; sino ante un tipo de personalidad laboral, que no mira para su existencia, que la prestación siempre deba ser realizada por una misma persona, lo que es propio del derecho civil, pero que no tiene razón de ser en el Derecho del Trabajo.

Por ejemplo, si se contrata a un obrero y se le encarga la construcción de una casa, por el hecho de que luego se contrate a otro obrero que termine la construcción de la casa y cumpla con la prestación del primero, no se pierde la personalidad de la prestación del primer obrero, ya que el elemento de personalidad, nada tiene que ver con una supuesta obligación que tiene el trabajador de ejecutar él mismo una prestación para la que se le contrató, que si es, hecha por otra persona, desnaturaliza la relación del trabajo; hecho que sin duda no sucede, ya que, como se ha señalado, la intención del elemento de personalidad no es garantizar que un mismo trabajador realice una prestación –como equivocadamente se ha entendido en muchos casos–, sino que busca que el trabajador no organice un sistema que determine que se ha convertido en un empresario que no requiere de la protección especial del Derecho del Trabajo.

---

<sup>64</sup> “...El contrato de trabajo no recae sobre una cosa; se refiere ante todo a una persona; pero no es ésta, en sí, la que sirve de objeto al mismo, sino ‘la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada y determinada’. Por lo tanto, la labor realizada por el trabajador posee un valor, como lo tiene su tiempo, cual lo ofrece también la obra que sale de sus manos, el servicio que presta. No es el objeto, pues, el hombre, que no puede venderse ni alquilarse; lo constituye la energía puesta en el trabajo, el cual configura, como se ha afirmado, una continuación de la personalidad humana.” CABANELLAS, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I*. 4ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2001, págs. 379-398.

## 5.5. EL ELEMENTO DE PERSONALIDAD NO DETERMINA QUE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO PUEDAN SER PROTEGIDAS POR EL DERECHO DEL TRABAJO

Por otra parte, el elemento de personalidad tampoco se vincula con el hecho de que el contrato de trabajo no puede tener como trabajador una persona jurídica. Al respecto, se puede encontrar que esta es la prueba más fehaciente de que el elemento de personalidad, fundamentalmente, pretende determinar el nivel de organización o no del trabajador, más allá que si la prestación en estricto sentido es realizada o no directamente por este.

Al respecto, se dice que por el elemento de personalidad no se puede contratar como trabajador a una persona jurídica, argumentándose que si se contrata a una persona ficta no se cumple con el elemento de personalidad ya que jamás podrá ejecutar directamente su prestación, sino que requerirá valerse de otra persona para el efecto, por lo tanto siempre la prestación será prestada no personalmente, razón por la cual una persona jurídica no puede ser parte de una relación de trabajo como trabajador.<sup>65</sup>

Con relación al argumento previamente detallado, si bien concuerdo en la conclusión, no en el razonamiento propuesto para llegar a formular esa tesis. Así pues, la persona jurídica si bien de manera fáctica nunca podrá ejecutar una prestación, jurídicamente lo que haga una persona que represente a la persona jurídica se entiende hecho por la misma persona, de tal manera que sí puede existir servicio personalmente prestado por una persona jurídica si se aplica correctamente la ficción jurídica, que justamente establece que el representante de la persona no actúa en su nombre sino por la persona jurídica como si en efecto se tratase de tal. Por lo tanto el argumento de que la persona jurídica no puede ser capaz de prestar servicios personales no es enteramente convincente.

---

<sup>65</sup> "... c) No resulta posible que el contrato lo celebre una asociación civil o una persona jurídica. Una corporación –sea o no persona jurídica- no puede comprometer energía de trabajo. A lo más, puede asumir una obligación de hacer cumplir cierta tarea, ejerciendo una función intermediaria entre patronos y trabajadores. PLÁ, AMÉRICO. *Curso de Derecho Laboral, Contratos de trabajo*. Tomo II Volumen I. Montevideo: Acali, 1978, págs. 19-21; "...El carácter personal de la prestación de trabajo se refiere a las personas naturales; los servicios que realizan las personas jurídicas no pertenecen al derecho laboral. Se hallan asimismo excluidos del ámbito laboral los trabajos forzosos o involuntarios" CÓRDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.): *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997, pág. 306.

Por otra parte, lo que sí es razonable es que la persona jurídica no pueda ser amparada por el ordenamiento jurídico previsto para los trabajadores, toda vez que entiende que la persona jurídica es una organización compleja que no se encuentra en una situación de inferioridad en cuanto a la negociación, sino que por el contrario –dado su nivel de complejidad– puede libremente negociar o establecer condiciones contractuales en igualdad, de tal manera que en ningún caso se justificaría que goce de un régimen jurídico de protección especial como es el del Derecho del Trabajo. De ahí que la imposibilidad de que se le aplique el régimen laboral a una persona jurídica no nace del hecho que no pueda prestar un servicio personal la persona jurídica; sino por el contrario, de que la protección laboral fue concebida para tutelar al ser humano que como trabajador –por su limitado poder de negociación– no puede discutir dentro de una relación de trabajo en condiciones de igualdad.

Sin perjuicio de lo dicho, hay que notar que en el Ecuador no existe una norma expresa que impida contratar a una persona jurídica como trabajadora; al respecto, cuando se define al trabajador no se precisa que aquel deba ser efectuado por una persona natural. Al efecto se dice:

*“Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.”*

Por lo tanto, se podría entender que en el Derecho Laboral del Ecuador esta situación sería posible; de todas formas, y por la práctica, este es un hecho que no ha sucedido, ya que en el fondo podría atentar contra la propia razón de ser del ordenamiento jurídico laboral diseñado fundamentalmente para la protección del ser humano. Así, tampoco se ha aplicado esta posibilidad por la recurrente práctica ecuatoriana de aplicar las normas propias a la luz de la doctrina internacional, que si bien puede ser acertada en cuanto a interpretar sus propias normas; en ningún caso considera las particularidades de la legislación ecuatoriana que evidentemente quedan obviadas.

En todo caso, sí será interesante notar que dentro del Código de Trabajo ecuatoriano, tan claro es el hecho de que podría existir a la posibilidad de contratar laboralmente a personas jurídicas, que así lo sugiere la propia norma.

Al respecto, dentro del artículo que describe un tipo de contrato de trabajo se dice:

*“Art. 32.- Contrato de equipo.- Si un equipo de trabajadores, organizado jurídicamente o no, celebrare contrato de trabajo con uno o más empleadores, no habrá distinción de derechos y obligaciones entre los componentes del equipo; y el empleador o empleadores, como tales, no tendrán respecto de cada uno de ellos deberes ni derechos, sino frente al grupo.*

*En consecuencia, el empleador no podrá despedir ni desahuciar a uno o más trabajadores del equipo y, en caso de hacerlo, se tendrá como despido o desahucio a todo el grupo y deberá las indemnizaciones correspondientes a todos y cada uno de sus componentes.*

*Sin embargo, en caso de indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, falta de probidad o conducta inmoral del trabajador, o injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge, conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes o a su representante, el empleador notificará al jefe o representante del equipo para la sustitución del trabajador. En caso de oposición, el Juez del Trabajo resolverá lo conveniente.*

*En los casos de riesgos del trabajo, el trabajador tendrá su derecho personal para las indemnizaciones, de acuerdo con las normas generales.”*

En el caso del contrato de equipo, que es un contrato trabajo, puede celebrarse con un conjunto de trabajadores que pueden estar organizados jurídicamente, lo que implica que pueden constituir una persona jurídica que sería la que celebre el contrato de trabajo; por lo tanto y bajo este supuesto, existiría la posibilidad de que una persona jurídica se vea protegida por el régimen laboral, ciertamente con las peculiaridades establecidas en la norma citada para el contrato de equipo.

En este caso, se cumpliría la obligación de personalidad laboral, siempre que sea la misma persona jurídica y sus integrantes quienes ejecuten la labor contratada.<sup>66</sup> Así

---

<sup>66</sup> “...En los casos en que más de un trabajador (grupo) concierta -en conjunto o por intermedio de un

pues, se podría decir que en este punto, el Código Ecuatoriano entiende que si el contrato es de equipo, la persona jurídica que lo celebra por su especial condición, tiene la posibilidad de ser protegida por el régimen laboral –aun cuando no es una persona natural– como una excepción que se produce porque a pesar de que la parte trabajadora se constituye como una persona jurídica, aquel hecho no se genera porque el trabajador crea una organización que le permite prestar sus servicios por medio de otros. Por el contrario, esta organización se produce porque esta es la única manera de ejecutar una prestación, como sería el caso de una orquesta; de donde se desprende que el contrato de equipo se realiza por una necesidad infranqueable y no porque una persona ha alcanzado un nivel de organización que le permite prestar el servicio valiéndose de terceras personas. Es más, en el contrato de equipo todos los trabajadores deben continuar prestando sus servicios, por lo que la prestación en el fondo sí es personal en estricto sentido laboral. Aunque tampoco es *intuitu personae*, ya que es el propio contrato de equipo el que establece que podría sustituirse a los miembros del equipo, lo que determina que la obligación se puede cumplir incluso si las personas que se contratan no siempre son las mismas exactamente.

La idea central es que el estado de desigualdad –por el cual una persona requiere de una protección en especial, y en este caso la laboral– no necesariamente se reduce a aquellos casos en que la persona que presta sus servicios sea un ser humano, pudiendo haber situaciones donde una persona jurídica requiera de tal protección; como es el caso del contrato de equipo. Especialmente, esto sucedería cuando la persona jurídica representa a un grupo de personas determinado, donde la principal prestación que entregan es la ejecución de servicios, como ocurre en el caso del contrato de equipo.

De cualquier forma, lo que correspondería para que se niegue absolutamente que una

---

representante- la realización de tareas en las condiciones indicadas, la relación se establece entre cada uno de ellos y el empleador (contrato de equipo). Dada la exigencia de la prestación personal de la labor, no se admite que ella incluya la de terceros (en forma exclusiva o anexa), salvo el caso excepcional del auxiliar y dentro de los límites propios de una tarea de esa índole. Así, pues, está excluida del ámbito del derecho del trabajo la labor de los llamados talleristas o intermediarios que "suministran" trabajo de terceros (combinado o no con el propio y cualquiera que sea su proporción). Éstos actúan, frente a quien recibe su prestación, como trabajadores autónomos (comerciantes). La relación de ellos con el personal que emplean, si se dan las notas propias, es de carácter laboral." VÁZQUEZ, ANTONIO. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I, 8ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1999, pág. 291.

persona jurídica se encuentre protegida por el Derecho del Trabajo es que exista expresa normativa que impida generar la protección del Derecho Laboral a una persona jurídica, si es la intención de un ordenamiento jurídico que así sea, tal como ocurre en varias legislaciones<sup>67</sup>; de lo contrario, nada obstaría para que una determinada persona jurídica pueda ser considerada en situación de vulnerabilidad y por ende pueda gozar de la protección que presta el Derecho del Trabajo, tal como sucede en el caso que se ha señalado, sin que por otra parte aquello vulnere el elemento de personalidad en materia laboral, por más exótico que puede sonar a la luz de la doctrina laboral clásica.

En conclusión, entonces, se puede decir que el elemento de personalidad, dentro del contrato de trabajo, no tiene que interpretarse bajo la lógica del derecho civil, sino a partir de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo y en general del Derecho Laboral. Así pues, el elemento de personalidad solamente hace referencia a la intención que tiene la norma de proteger a aquella persona que no ha alcanzado un nivel de organización tal para asumir que se encuentra en situación de igualdad para negociar un contrato.

Por lo tanto, el elemento de personalidad determina, más que nada, que la relación de trabajo que se protegerá será aquella en que el trabajador no haya alcanzado un nivel de organización suficiente para que se considere capaz de negociar sin la protección del Derecho del Trabajo, donde, por ejemplo, la organización que se alcanza por el contrato de equipo no se considera como suficiente para que se elimine la protección de esta categoría del Derecho, de acuerdo a lo que establece expresamente el Código de Trabajo. De ahí que solo es relevante para el elemento de personalidad que el trabajador no haya alcanzado una organización suficiente para prestar sus servicios mediante terceros, de tal forma que siempre que aquello ocurra se dejará de cumplir con el elemento de

---

<sup>67</sup> “...Sólo el trabajador subordinado se rige por un contrato laboral. De ahí, que por antonomasia, el trabajador característico, desde el punto de vista laboral, sea el sujeto a un contrato de trabajo. Los requisitos que lo delinean como tal son: la prestación de una actividad personal, la subordinación al patrono o empresario, el desempeño del servicio por cuenta ajena, la relación contractual entre las partes, la percepción de una remuneración y una continuidad, al menos relativa. El artículo 25 de LCT dispone que se considera trabajador a los fines de esa ley a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de la misma ley, cualesquiera sean las modalidades de la prestación. Quedan así incluidas las personas físicas que se obliguen a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de otra persona y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración (art. 21).” CABANELLAS, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I, 4ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2001, pág. 268.



personalidad.

Mientras, por otra parte, el elemento de personalidad en materia laboral, no exige que siempre el trabajador tenga que prestar sus servicios directamente, ya que existen casos en que el Código de Trabajo o el acuerdo de las partes, expresamente permite que aquello no ocurra; todo lo que determina que el elemento de personalidad no sea un sinónimo de obligación *intuitu personae*, ya que en el caso de ese tipo de obligaciones, jamás es posible que se preste el servicio por parte de otra persona que no sea la que se obligó.



## *Título VI*

### ***LA ONEROSIDAD DEL TRABAJADOR COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO***

Otro de los elementos que establece el Código de Trabajo para la existencia de una relación de trabajo es que la actividad que se realiza se preste por una remuneración. Con respecto a este elemento, puede encontrarse que sí ha existido una imprecisión sobre la definición del mismo; razón por la cual una primera valoración tendrá relación con precisar cuál, en efecto, es el concepto de este elemento a partir de una interpretación estricta del Código de Trabajo del Ecuador.

#### **6.1. DEFINICIÓN DEL ELEMENTO DE ONEROSIDAD DEL TRABAJADOR**

Al respecto, el primer punto que cabe precisar es que este elemento no exige que en efecto se dé el pago de la remuneración para que el mismo se configure. Contrario a lo que se ha considerado por la doctrina ecuatoriana en muchos casos<sup>68</sup>, el elemento no es propiamente el pago de la remuneración; sino que las partes –al celebrar el contrato de trabajo– tengan como intención que el mismo suponga el pago de un precio por el servicio que se realiza. Esto significa pues, que se configura el elemento por la sola intención de las partes de que el servicio que se presta tenga un fin de lucro. Por lo tanto, aunque no se dé el pago, por la sola intención de obtener un beneficio económico al prestar el servicio, se configuraría este elemento; ya que el artículo 8 del Código de Trabajo, más que exigir que exista un pago para que se configure este requisito del contrato, textualmente señala que el mismo se cumple cuando el trabajador presta el

---

<sup>68</sup> VÁSQUEZ, JORGE, *Derecho Laboral ecuatoriano, Derecho individual*. 2ª edición, Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2009, págs. 101-103.

servicio “por una remuneración”, es decir por la sola intención de ser remunerado aunque aquello en efecto no ocurra.

Es decir, es necesario que el contrato sea celebrado a título oneroso.<sup>69</sup> La onerosidad del trabajo, entonces, se deberá medir en cuanto las partes tienen conciencia de que la prestación que se ejecuta se realiza en virtud del pago de una remuneración. Esto a su vez, se correlaciona con la conmutatividad que existe en el contrato de trabajo en cuanto la remuneración se produce porque se ejecuta un servicio, ya que de lo contrario no habría derecho para recibir la misma, razón ésta por la que el trabajo es oneroso, toda vez que el trabajador presta su servicio a cambio de percibir un ingreso y el empleador paga una remuneración en virtud del servicio que se realiza.<sup>70</sup> Por lo tanto, este elemento del contrato de trabajo no tendrá que definirse como el pago de una

---

<sup>69</sup> “...El contrato de trabajo, a más de ser *bilateral*, por engendrar obligaciones para ambas partes, es también *oneroso* en el sentido de que cada parte aspira a, y obtiene, una ventaja de la prestación de la otra; es también *conmutativo* en el sentido de que cada parte se representa la realidad de su propia prestación y la de la otra parte como ciertas al tiempo de contratar, y es *sinalagmático* en sentido funcional, esto es, busca una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de las partes, para realizar la «idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación... inmanente al contrato sinalagmático como tipo» (Larenz), para lograr «el principio de equivalencia material» de sus prestaciones (Wieacker), que, en su relación entre sí, ni implique lesión o abuso, ni sean regalo. Aunque, de un lado, estos principios de justicia conmutativa sean en el contrato de trabajo, como en otros, de realización aproximada y medida objetiva difícil, se busquen tanto para servir fines de ética o moralidad (Molina), como, tras el giro teórico del siglo XVIII, fines de «racionalidad económica» (Camacho), bien que la «astucia de la razón» pueda hacer que ambos fines queden servidos (Wieacker); y, de otro lado, el sinalagma esencial que expresa la frase «sin trabajo no hay salario» quiebre con situaciones excepcionales, aunque en las más de ellas se conserve, derivando hacia la Seguridad Social la cobertura de supuestos en los que se estima socialmente justificado que, pese a no trabajar (normalmente por causa no imputable al trabajador), se perciban cantidades sustantivas de las que se percibirían si se trabajara.” ALONSO, MANUEL; CASAS, MA. EMILIA. *Derecho del trabajo*. 22ª edición, Madrid: Thomson - Civitas, 2004, pág. 64.

<sup>70</sup> “...Consiguientemente, desde el punto de vista jurídico, el salario es la contraprestación del trabajo subordinado; contraprestación que, como ya quedó explicado el tratar del enfoque económico del salario, consiste en un ingreso o rédito o ganancia individual del trabajador. Es decir, tiene un contenido patrimonial y es, para el trabajador subordinado, una ventaja patrimonial, algo que ingresa a su patrimonio. Así el concepto jurídico de salario incluye el concepto económico (rédito o ganancia individual). De modo que, por esa inclusión, debe caracterizarse jurídicamente al salario como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado (Justo López). Por otra parte, esa relación de reciprocidad o conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo (y del contrato de trabajo que es su fuente normal), ya que, según Messineo, la onerosidad de una relación jurídica viene de que “cada una de las partes sufre un sacrificio (depauperación) patrimonial (prestación que cumple), al cual corresponde una ventaja (contraprestación que recibe), circunstancia que se da, inevitablemente, en todos los contratos con prestaciones recíprocas (interdependientes).” LÓPEZ, JUSTO. *El salario* en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.): *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997, pág. 445.

remuneración, sino como el hecho de que el servicio se preste buscando percibir un ingreso –por su ejecución– por parte del trabajador. Hay que notar, que para que se produzca este elemento, ni siquiera es necesario que el empleador pretenda obtener un lucro, ya que el artículo 8 del Código de Trabajo solo se enfoca en el hecho de que sea el trabajador quien busca el ingreso; de ahí que la sola intención de percibir una remuneración por parte del trabajador configura el elemento, aunque el empleador no lo pretenda.

La razón de aquello –justamente– nace ya que la protección del Código de Trabajo se genera porque se determina que el trabajador busca sustentar su vida mediante el trabajo; donde no es relevante que el empleador tenga un fin de lucro, ya que la protección no se genera por el hecho de que el empleador busque un beneficio económico.

## **6.2. EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN POR EL SERVICIO**

El hecho de que el pago de la remuneración no sea elemento del contrato de trabajo, por otra parte supone que esta es la contraprestación del contrato de trabajo o la causa por la que el trabajador presta el servicio.

Al respecto, se ha querido decir que la remuneración no es la contraprestación del servicio, puesto que en varios casos puede existir la obligación de remunerar aunque no se preste el servicio. Sobre el tema debe indicarse, que si bien en algunos casos se debe remunerar aunque no exista un servicio, esto se produce porque el Derecho crea la ficción de que sí se ha cumplido con el servicio, pese a que el mismo no se haya llevado a cabo; todo esto, como un mecanismo para garantizar el sustento al trabajador cuando por situaciones razonables sea justificable que no preste el servicio; caso en el cual –aunque el mismo no se ejecute– debe el empleador continuar pagando la remuneración.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Así por ejemplo dice el Código de Trabajo en su Art. 42 numerales 18 y 27: “Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador: 18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente

De todas maneras, la causa de la remuneración sigue siendo la ejecución del servicio; lo que sucede, es que se asume la existencia del servicio ya que no es culpa del empleador que el mismo no se le preste, y por ende persiste la obligación de remunerar porque jurídicamente se entiende que la causa no ha desaparecido, aunque fácticamente el servicio no se preste.

En ningún caso persiste la obligación de remunerar sin causa –que sería la prestación del servicio– ya que en esos casos el pago de la remuneración al no ser realizado a cambio de ninguna contraprestación, sino por la mera liberalidad generaría que el mismo se haga a título gratuito, por lo que dejaría de cumplirse una de las características del contrato de trabajo que es su onerosidad y por ende, desaparecería la causa del contrato para el empleador, que es recibir la prestación del servicio.

### **6.3. CONSECUENCIAS DE LA DEFINICIÓN PROPUESTA**

De esta forma, la mera intención de las partes de que la prestación de actividades sea retribuida por un pago es aquello que configura la existencia de este elemento del contrato de trabajo, sin que se requiera que en efecto haya sido pagada la primera remuneración para que se genere la relación de trabajo, ya que el pago de la remuneración no es el elemento del contrato de trabajo. Entonces, la consecuencia fundamental de la definición del elemento como la onerosidad del trabajador, supone que el pago de la remuneración no es uno de los elementos necesarios para la existencia del contrato de trabajo; sino solamente una obligación que nace con la celebración del mismo, el cual –como hemos visto– se genera solamente a partir de que las partes convienen en que se presten unos servicios personales bajo dependencia, con la finalidad última de que

---

al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador; (...) 27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos. El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa.”

se reciba tal remuneración.

Este hecho, supone que pueda existir un contrato de trabajo aunque la remuneración no haya sido cumplida. Dado que el contrato de trabajo se perfecciona con el mero acuerdo de las partes –solo que se convenga que deberá existir una remuneración–, no es necesario que la misma se pague para que en efecto se cumpla este elemento del contrato de trabajo, y el requisito no es el pago de la remuneración como erradamente se ha entendido al definir la relación de trabajo por la mayoritaria doctrina ecuatoriana.<sup>72</sup>

### **6.3.1. Errada interpretación de la onerosidad por parte del trabajador como elemento del contrato de trabajo en el Ecuador**

Pese a lo dicho, en el Ecuador se ha entendido que el elemento del contrato de trabajo es el pago de la remuneración en sí mismo y no la intención de las partes de que el contrato sea oneroso; por lo que no se toma en cuenta que, aunque en la práctica jamás se haya pagado una remuneración, el solo hecho de que haya sido intención de las partes que la prestación del servicio se realice a cambio de un pago es el supuesto suficiente para que

---

<sup>72</sup> “...Son cuatro los elementos fundamentales que encontramos en la definición y en el contrato: (...) 4. Por una retribución económica, como contraprestación a los servicios realizados, con una remuneración que debe ser fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo y la costumbre. El trabajo concebido como un deber social y familiar, obliga que la persona realice actividades productivas o intelectuales, a cambio de beneficios económicos que le permitirán satisfacer sus necesidades personales y familiares, que le facultarán la adquisición de bienes materiales y sobretodo la subsistencia y la realización plena. La remuneración como lo analizaremos posteriormente, tiene importantes finalidades, pero sobretodo es un engranaje muy importante para la economía no solo del trabajador y su familia, sino de la colectividad, ya que esta se siente afectada cuando no hay el pago oportuno o completo de remuneraciones, pues ello suspende o paraliza la actividad económica habitual de la sociedad, afecta el dinamismo de las actividades productivas, ya que si no hay salario, hay contracciones y por ello se deja de pagar los servicios básicos, no se pagan los arriendos, los estudios, la adquisición de alimento, el transporte, etc. Y como una lógica consecuencia, otros actores de la sociedad que no pudieron cobrar las deudas del trabajador, tampoco podrán pagar a sus proveedores y estos a otros productores, así el efecto se vuelve como una bola de nieve que crece a medida que pasa el tiempo, causando preocupación social, malestar y graves problemas sociales que pueden afectar incluso a la estabilidad política del país, basta recordar por ejemplo las crisis de los últimos años en Argentina, Bolivia, y hasta en nuestro país. El Art. 3 del Código del Trabajo, determina con justicia, que a nadie se le puede exigir la realización de servicios gratuitos, y que nadie está obligado a trabajar sino mediante un contrato y con la remuneración correspondiente. Es decir todo contrato de trabajo sea remunerado.” VÁSQUEZ JORGE, *Derecho Laboral Ecuatoriano, Derecho individual*. 2ª edición, Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2009, págs. 101-104.

se configure el elemento de remuneración previsto en el artículo 8 del Código de Trabajo.

Al respecto, la tesis previamente detallada ha significado que se rechace la existencia de un contrato de trabajo por el solo hecho de que nunca se haya pagado una remuneración, considerando que no se han configurado los elementos del contrato.<sup>73</sup>

Así la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana ha señalado:

*“Vale decir que, para que se configure jurídica y legalmente un vínculo laboral, son indispensables tres elementos: 1) Prestación de servicios; 2) Subordinación o dependencia; y, 3) Remuneración. La carencia de uno de estos tres elementos, dará lugar a cualquier tipo de relación, menos laboral.”*<sup>74</sup>

En consecuencia con lo señalado, se ha dicho por la Corte Nacional de Justicia:

*“Exteriorizando su disconformidad con la sentencia dictada por la Corte de Alzada manifiesta el demandado que no ha existido contrato individual de trabajo con la actora, ya que para que exista tal convención es requisito sine qua non la prestación de servicios lícitos y la percepción de una remuneración. Por tanto, si la actora dice que no ha percibido ninguna remuneración, es evidente colegir, según la pretensión del demandado, que no ha existido el contrato de trabajo.”*<sup>75</sup>

Así pues, debe observarse que la Corte entiende que no existe el elemento de remuneración porque la misma no se ha pagado, por lo tanto se concibe que el elemento de la relación de trabajo es el pago de la remuneración y no la intención de onerosidad del trabajador, más allá del cumplimiento o no del pago.

---

<sup>73</sup> “...Hecho este análisis cabe señalar los efectos si falta alguno de estos cuatro elementos, simplemente podemos decir que no existe contrato de trabajo. la doctrina y la jurisprudencia así lo han reconocido, ya que hay actividades muy similares a la relación laboral, por ejemplo los profesionales y los comisionistas que hacen actividades lícitas y en forma personal pero que no tienen relación de dependencia, actúan con libertad, o en caso de los voluntarios, misioneros, etc., que prestan actividades bajo subordinación, dentro de horarios habituales pero sin remuneración por ser actividades altruistas o de servicio social. En la práctica laboral diaria, es indispensable encontrar estos elementos ya que frecuentemente las demandas de trabajadores carecen de razón cuando se determina la falta de una de estas características esenciales para la existencia del vínculo laboral”. VÁSQUEZ, JORGE, *Derecho Laboral Ecuatoriano, Derecho individual*. 2ª edición, Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2009, págs. 101-104.

<sup>74</sup> Gaceta Judicial, año XCVIII, Serie XVI, No. 13. Página 3626.

<sup>75</sup> Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3. Pág. 683. (Quito, 25 de Enero de 1995).



En igual sentido, en relación con la sentencia antes referida, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana ha dicho:

*“TERCERO: Cuando la parte demandada ha negado la existencia de la relación de trabajo y los fundamentos de la demanda, obligación de primordial importancia de la parte demandante es comprobar en forma incontrovertible la existencia del contrato de trabajo; es decir, la existencia de sus elementos característicos, cuales son la prestación de servicios lícitos y personales, la dependencia y la remuneración. Sin embargo, la accionante en el libelo inicial de demanda pone en evidencia que no ha existido durante toda la supuesta relación de trabajo ninguna remuneración y en el término de prueba correspondiente, no ha comprobado ni testimoniado ni acreditado instrumentalmente la prestación de sus servicios. Es de advertir que los juzgadores de instancia de acuerdo con la facultad que les otorga la ley han apreciado las pruebas aportadas y las han valorado con aplicación precisa de la sana crítica no observándose en el fallo materia de impugnación infracción de ninguna norma de derecho.”<sup>76</sup>*

De la decisión antes transcrita, puede encontrarse que el centro de la discusión no se ha centrado, en el Ecuador, en observar si la intención de las partes fue celebrar un contrato que suponga la obligación de un remuneración; lo que ha resultado fundamentalmente relevante para la Corte, es observar si alguna vez el accionante percibió o no la remuneración, ya que se ha entendido que el pago de la remuneración es elemento del contrato y no la intención de lucro con la que se celebra.

Por lo tanto podrá observarse que la Judicatura entiende erradamente que es elemento esencial del contrato de trabajo, el pago de remuneración, y por ende si esta jamás se ha pagado no existiría contrato de trabajo. Esta idea a su vez tampoco ha sido lejana a la doctrina ecuatoriana que al analizar el elemento de remuneración en general lo entiende como el pago de la misma y la forma en que se realiza.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Expediente 511, Registro Oficial Suplemento 170, 10 de octubre de 1997.

<sup>77</sup> “...Si bien la remuneración es otro de los elementos esenciales del contrato individual del trabajo, los

### 6.3.2. Crítica a la interpretación del elemento de onerosidad

Al respecto, debo discrepar la idea sostenida antes referida, ya que carece de sentido que si no se cumple una de las obligaciones del contrato quiera pretenderse que el contrato no es válido o no existe.

Pretender sostener esta afirmación equivaldría a señalar que el contrato de compraventa no existe cuando el comprador no paga el precio pactado con el vendedor. Aquello, sin duda, supone el incumplimiento de una de las obligaciones del contrato, más en ningún caso libera al incumplido de las obligaciones que contrajo. Si así fuese, sería muy fácil eliminar la necesidad de cumplir cualquier obligación, hecho que se produciría con el solo incumplimiento absoluto de la misma, lo que permitiría alegar que la obligación nunca existió; lo cual carece de sentido, ya que supondría que el incumplido se beneficie de su propio dolo, todo lo que –en Derecho– ciertamente debe rechazarse.

Para que se configure el elemento de remuneración, lo que se necesita es que el contrato se haya realizado con la intención de percibir una contraprestación por el servicio que se presta, es decir que la obligación de ejecutar una actividad se contraiga a título oneroso. Luego, si jamás se paga lo acordado no desaparece el elemento de onerosidad, lo que sucede es que el empleador no ha cumplido con su obligación fundamental de pagar aquello que se ha convenido. La intención del trabajador de prestar sus servicios se sigue manteniendo y por ende la relación de trabajo no se desnaturaliza; por el contrario la misma persiste, teniendo el trabajador perfecto derecho para exigir el pago de aquello que se le deba, aunque jamás el empleador haya

---

autores discrepan respecto a los efectos de la falta de estipulación expresa sobre la misma en el contrato (...). Viteri, por ejemplo, manifiesta que rara vez se discute la remuneración de manera accesoria y *a posteriori* de la prestación del trabajo. En cambio, De la Cueva opina que la fijación del monto de la remuneración y de su forma de pago sí puede ser *a posteriori* pues ésta surge como producto de la prestación de un trabajo personal subordinado, es decir, su nacimiento depende únicamente de la presencia de un trabajador, de un empleador y de la prestación de un servicio o la ejecución de un trabajo. Por su parte, Vela Monsalve, con el propósito de resaltar la importancia del pago de la remuneración, advierte la existencia de dos elementos externos en la relación contractual de trabajo: el servicio o prestación del trabajador y la retribución o contraprestación del empleador. La relación entre estos dos elementos es la interdependencia y se evidencia al tratar el tema de los fines individual y social del trabajo. El fin individual presenta dos facetas: la adquisición de los medios necesarios para conservar la vida y la satisfacción de las necesidades que de ella dimanar.” MONESTEROLO, GRACIELA. *Instituciones de derecho laboral individual: herramientas didácticas*. 2ª edición, Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2007, págs. 98-99.

cumplido con su obligación de pagar una remuneración por el trabajo realizado.

Sería un absurdo que el empleador pueda liberarse de sus obligaciones, y la misma existencia de la relación de trabajo al afirmar que nunca ha pagado la remuneración que debía, lo que implica el reconocimiento de que no ha cumplido su obligación; cosa que en ningún caso determina que no haya sido la intención de los contratantes el que se celebre un contrato para el pago de una remuneración. Incluso si es el propio trabajador el que afirma que jamás le han pagado una remuneración, en cualquier caso aquello solo determina que no se haya cumplido una de las obligaciones fundamentales del contrato, más no que el contrato no haya sido celebrado a título oneroso por parte del trabajador.

Así pues, si judicialmente se quisiera afirmar que la relación no es a título oneroso por el trabajador, y que por ende no existe este elemento, lo que tendría que buscar alegarse es que las partes jamás tuvieron la intención de que la prestación que se ejecuta sea retribuida.

Lo que si bien no ha sido común, sí ha sido considerado en algunas pocas decisiones de la Corte Suprema del Ecuador. Así, por ejemplo en una jurisprudencia antigua, de aquellas que interpretaban más el Derecho ecuatoriano de acuerdo a sus peculiaridades, se ha señalado:

*“En efecto, los servicios que prodiga un miembro voluntario de asociaciones, tales como la Cruz Roja Internacional, al llevar auxilio allí donde públicas calamidades aflijan; los de un deportista amateur, exhibiendo emulación y distracción a los espectadores; los de un voluntario que labora gratis et amore como directivo en la entidad de la que es socio; son servicios todos que, nacidos de la asociación o incorporación a la respectiva persona jurídica, no apetecen contraprestación alguna. Carecen, por esencia de valoración pecuniaria. Quien lo suministra, en estas condiciones de asociado, a una persona jurídica, recibe en compensación un cierto grado de perfeccionamiento propio. Estos servicios trascienden del ordenamiento jurídico, - regido por el do ut des -, al del orden superior de los valores éticos, en donde se los contempla, instalados.- Por lógica secuencia, este linaje de servicios no recibe ni espera recibir contraprestación*

*en dinero; ni, en más de una ocasión, habría el suficiente para valorarlos.-El fin altruista, inmanente a este tipo de asociaciones, aleja toda mira de provecho social o individual en la perspectiva de sus designios.- Reflejando estos principios, el Título XXIX del Libro Primero del Código Civil, prevé, para este tipo de personas jurídicas, la ausencia de todo fin de lucro.- Que al socio se le suministren medios a su disposición, como alojamiento, vituallas, transporte, a partir de los cuales desenvuelva la ejecución del fin altruista propuesto, auxilios a damnificados, distracción al público, ayuda técnica, social o misional, no entraña contraprestación pecuniaria a sus servicios ni retribución parcial, sino el acondicionamiento necesario para su acción. Tampoco es signo de dependencia laboral el que estas personas jurídicas, se constituyan a imitación del Estado, con autoridad que dirija, con subordinados que obedezcan y, con un régimen de disciplina u obediencia que acaten los miembros, en una serie continúa de actos de reiteración a principios y fines sociales.- Confrontando el caso por resolverse en esta instancia, en función de los supuestos aquí presentados, se observa que la actora, desde su libelo de demanda, revela haber sido religiosa profesada, en calidad de miembro de la Comunidad de Madres Lauritas; de ahí que recibiera tareas docentes en los ciclos lectivos para desempeñarlas en las escuelas pertenecientes a la Comunidad y diferentes quehaceres en los intervalos de dichos ciclos. Luego cuando concurre a la audiencia de este juicio, admite, sin reservas, su profesión de votos perpetuos de fe pobreza y castidad, los mismos que proclama haberlos ejecutado a plenitud, con cuya admisión, huelga la necesidad de prueba sobre su incorporación como miembro a la persona jurídica demandada.*<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Gaceta Judicial. Año LXXIV. Serie XII. No. 5. Pág. 975. (Quito, 8 de mayo de 1974); En igual sentido se ha dicho: "QUINTO.- La afirmación que hace la demandante de que era tratada por la difunta como "una amiga" implica un reconocimiento de que no estuvo considerada jamás como una trabajadora doméstica y que, por consiguiente, no existía relación de dependencia entre los dos porque la amistad de dos personas significa igualdad de nivel sin subordinación de la una con respecto a la otra. Esto explica también la razón por la cual jamás reclamó estipendio alguno por los servicios que dice haber prestado en la casa de Edma Dávalos; pues, sin esfuerzo se establece de todo lo actuado en autos que ésta y la actora llevaban una vida familiar de mutua cooperación y apoyo y que mientras aquella trabajaba en la Contraloría para la vida y sustento de esa familia, ésta se entendía en los menesteres de la casa, y así convivían sin que la demandante hubiera necesitado percibir remuneración en dinero por esa ayuda, razón por la cual no reclamó jamás porque no se sentía con derecho a ello y sin embargo llevaba una

Así, y por estas consideraciones se entiende que no existe contrato de trabajo toda vez que no existe la intención de generar un lucro por parte de la trabajadora durante la prestación del servicio; razón que es suficiente para que no se configure el elemento de onerosidad por su parte.

En el caso referido, tendrá que entenderse que la intención de las partes fue que la actividad se desempeñe gratuitamente; lo que se desprende de la naturaleza del servicio prestado, mismo que se realiza por un claro fin altruista, por lo que no puede afirmarse la existencia de lucro.

Esto, en ningún caso significa que pueda utilizarse el incumplimiento de la obligación de pago como un mecanismo para dejar de cumplir con el régimen laboral, por más años que hayan transcurrido durante el incumplimiento de la obligación de remunerar, ya que si la intención de que el trabajo sea remunerado existe, se sigue cumpliendo el elemento de onerosidad por parte del trabajador aunque, cuando en efecto, el empleador nunca haya pagado remuneración alguna<sup>79</sup>, ya que aquello no quita la intención del trabajador de que la prestación del servicio sea remunerada.

Así pues, en cuanto se asume que el solo incumplimiento de la obligación de pago determina la inexistencia del elemento de onerosidad por parte del trabajador; puede encontrarse que existe una interpretación absolutamente errada, puesto que entiende que el trabajador no tiene la intención de que se le pague por el solo hecho de que el empleador no haya cumplido su obligación.

Al respecto, bien podría determinarse que el trabajador siempre pretende el pago de su

---

vida holgada económicamente capaz de haber logrado, como ella misma lo declara, hacer un ahorro de cuatro mil sucres que le fueron encargados a la difunta, lo que además demuestra el grado de confianza que existía entre las dos, confianza que rara o ninguna vez existe entre un trabajador dependiente y un patrono que lo tiene subordinado para establecer el grado de dependencia que es necesario para la disciplina y obediencia de aquel. Otro aspecto importante que es necesario a notar es el hecho de que durante treinta años no hizo ningún reclamo sobre salarios pendientes a la fallecida y esperó su muerte para intentarlo contra los herederos de ella. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 9. Pág. 1875, Quito, 29 de Agosto de 1975.

<sup>79</sup> "...A su vez la inasistencia del trabajador al lugar de trabajo releva al patrón de la obligación de cubrirle el salario, sin que por ello se desvirtúe la existencia de la relación de trabajo. La ley expresamente acepta que puede suspenderse la obligación del patrón de pagar el salario (art.106), lo que comprueba que puede subsistir la relación laboral sin pago de salario." DE BUEN, NÉSTOR. *Derecho del Trabajo I*. 20ª edición, México: Porrúa, 2011, pág. 199-204.

remuneración –por ejemplo mediante documentos en que así lo exijan–, caso en el cual existiría el elemento de onerosidad por su parte aun cuando no se le haya pagado nunca su remuneración; situación en la que lejos de que no exista contrato, como lo entiende equivocadamente mucha de la jurisprudencia ecuatoriana que fue analizada, lo que correspondería es que el empleador pague por las remuneraciones que ha dejado de sufragar.

#### **6.4. EL CASO DEL VOLUNTARIADO**

Para ejemplificar más claramente todo lo analizado me referiré al caso del voluntariado. Así pues, cabe encontrar que la intención de la legislación de trabajo –del elemento de remuneración– es generar una protección para aquellas personas que dependen para su supervivencia del ingreso que les supone la contraprestación que se paga por el cumplimiento de sus actividades. Es decir, del trabajador que presta el servicio no por su mero gusto, sino por una clara intención de financiar su vida con aquel ingreso.

Eso determina, por otra parte, que si la intención fundamental del contrato no es la percepción de una contraprestación económica por el servicio, entonces no existirá contrato de trabajo; como por ejemplo sucedería en el caso de voluntariado, ya que la norma entiende que aquella persona que ejecuta la labor de voluntariado no requiere del fruto del trabajo para su supervivencia puesto que puede darse el lujo de prestar sus servicios sin pretender una remuneración a cambio. Por ende, entonces, al no encontrarse desvalido el ejecutor del trabajo –teniendo incluso la capacidad de entregar su esfuerzo gratuitamente– no tiene sentido que sea protegido por la legislación del trabajo.

Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, presupone en su artículo 38<sup>80</sup> que el voluntario no se encuentra sometido a la protección que confiere el

---

<sup>80</sup> “Art. 38.- Protección al voluntariado.- Los acuerdos que se realicen entre las organizaciones sociales y las instancias del Estado involucradas para apoyar tareas de voluntariado se establecerán en convenios específicos, en los cuales se fijarán las condiciones de la labor solidaria, sin relación de dependencia. Las distintas formas de voluntariado no podrán constituirse en mecanismos de precarización del trabajo,

régimen jurídico destinado al trabajador bajo dependencia.

El voluntario, pues, es una persona que es capaz de entregar los frutos de su trabajo gratuitamente, por ende no se encuentra en el estado de vulnerabilidad que amerita una protección para su trabajo; por el contrario, desempeña la actividad sin ningún apremio, por lo que libremente presta sus servicios de manera gratuita porque considera que puede sostenerse con cualquier otro mecanismo; de tal manera, dado que no existe intención de obtener lucro, no existe contrato de trabajo. Por lo tanto mientras no exista onerosidad entonces no se configura el elemento necesario para que exista una relación de trabajo.<sup>81</sup>

## **6.5. LA INTENCIÓN DE ONEROSIDAD DENTRO DEL TRABAJO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DEL ELEMENTO DE AJENIDAD**

Por otra parte, y en cuanto a la remuneración, es necesario destacar que solo se requiere –para la legislación ecuatoriana– que exista la intención de recibir una por el trabajo que se presta; esto significa entonces que no existe en el Ecuador la necesidad de que la percepción de los frutos del trabajo se perciban por cuenta ajena, por ejemplo, como elemento indispensable para definir la existencia del contrato de trabajo. El elemento de remuneración, no está correlativamente vinculado con el hecho de que los frutos del trabajo se apropien en todos los casos por el empleador, como sucede en algunas legislaciones.<sup>82</sup> De ahí, que no es elemento del contrato de trabajo en el Ecuador la

---

formas ocultas de proselitismo político, ni afectar los derechos ciudadanos.” LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

<sup>81</sup> “...Tanto los trabajadores como el patrono, persiguen un fin patrimonial al concluir un contrato de trabajo, sólo que la más débil posición económica del trabajador hace que el Estado rodee el contrato de límites y protecciones, que no se dan en otras ramas del derecho. Los trabajos que se realizan a título gratuito o por motivos altruistas, benévolos o de amistad, así como los que se hacen con fines de afición, caridad, amor al arte o ayuda desinteresada, quedan al margen de la contratación laboral. Algunas dudas surgen con relación a los que desempeñan empleos honorarios o meritorios en una empresa con vista a adquirir experiencia u obtener reconocimiento cuando la empresa vaya a cubrir vacantes futuras. Estos casos son, sin embargo, excepcionales y en algunos países están incluso prohibidos, pues abren la puerta a la explotación y conducen a un enriquecimiento indebido del patrono...” CÓRDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.): *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997, págs. 300-301.

<sup>82</sup> “...No se discute, en cambio, la procedencia del carácter oneroso del contrato de trabajo, elemento

ajenidad<sup>83</sup> en la percepción de los frutos, misma que si bien puede existir, no es un elemento indispensable para que este se configure.

Todo esto ya que esta última obligación ni es parte de la obligación de onerosidad por parte del trabajador, ni tampoco se encuentra expresamente recogida como un elemento general de la relación de trabajo en el caso ecuatoriano; así pues, el elemento de ajenidad no aparece en ninguna parte de la definición del contrato de trabajo consignada en el artículo 8 del Código de la materia. Esto, a su vez determina que no sea necesario preocuparse sobre la ajenidad a la hora de definir la relación de trabajo protegida por el Derecho ecuatoriano, tanto porque la legislación no la prevé como porque en los ordenamientos donde está prevista se ha considerado como un criterio difuso, polisémico;<sup>84</sup> que en muchos casos genera más inquietudes que respuestas.

---

común éste que guarda relación con el elemento propio de la remuneración y del derecho del empleador de retener para sí el producto del trabajo”. CORDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.): *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, 1997, págs. 300-301.

<sup>83</sup> Definiendo el elemento de ajenidad en el caso español se ha dicho: “Concepto de ajenidad. Aunque Sala y López Mora han llegado a hablar de hasta seis teorías distintas para explicar la ajenidad, tres han sido en realidad las teorías que han gozado de mayor predicamento doctrinal al respecto. En primer lugar; la del Profesor Bayón que la asimilaba a irrelevancia de riesgos para el trabajador; En segundo lugar; la del Profesor Alonso Olea que entiende que hay ajenidad cuando se da la traslación inicial de la titularidad de los frutos de trabajo, desde el empleado al empleador. Y por último, la de Alarcón Caracuel que se refiere a la ajenidad en el mercado o respecto al mercado en el sentido de que el productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de sus -que no son suyos- productos, sean éstos bienes o servicios. Consideramos, por nuestra parte que la cuestión debe plantearse, hoy en día, en los términos que siguen. El que trabaja por cuenta propia obtiene sus ingresos profesionales exclusivamente del resultado económico de su actividad. La ajenidad, pues, expresa la idea contraria: O no se vinculan los ingresos profesionales a los beneficios de la actividad; O no se vinculan exclusiva o predominantemente. La ajenidad puede, en consecuencia, definirse como la ausencia de una utilidad económica vinculada exclusivamente al resultado de una actividad profesional, entendiendo por tal la empresarial, agrícola, liberal o de cualquier tipo” MOLERO, CARLOS; SÁNCHEZ-CERVERA, JOSÉ MANUEL; LÓPEZ, MA. JOSÉ; MATORRAS, ANA. *Manual de Derecho del Trabajo*. 11ª edición, Cizur Menor: Civitas, 2011, Pág. 96.

<sup>84</sup> “Partamos de una afirmación nada pacífica en nuestra doctrina, que aquí resumiré para no cansar al lector: las diversas teorías sobre la ajenidad como perfil característico del trabajo objeto del contrato y del Derecho que a él se refieren, no sirven para diferenciarlos de otras figuras contractuales próximas como el arrendamiento de obra o de servicio, por la sencilla razón de que también en varias de tales figuras hallaremos una ajenidad similar en los riesgos, los frutos o el mercado. Como afirman PALOMEQUE Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, la ajenidad puede estar presente en relaciones no laborales<sup>84</sup>. García Becedas considera a las diversas teorías basadas en la ajenidad como notas puramente descriptivas que no añaden nada a los elementos constitutivos de la relación laboral<sup>84</sup> en última instancia la atribución originaria de los frutos al empleado, quintaesencia de estas teorías en la formulación más brillante, la de ALONSO OLEA, solo permite diferenciar al contrato de trabajo del de compraventa, una distinción que pudo ser importante a lo largo del siglo XIX, cuando muchos consideraban que el trabajador vendía su esfuerzo al empresario, pero no en la actualidad.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Vizcaya: La Ley,



Es decir, no es indispensable que la remuneración sea directamente entregada por el empleador al trabajador, sin que tampoco sea obligación que se precise que los frutos del trabajo siempre serán del empleador en todas sus partes; componente este que es esencial para aquellas legislaciones que contienen a la ajenidad como uno de sus elementos,<sup>85</sup> pero que no es indispensable en el Ecuador.

Al respecto, y como se ha detallado, en el Ecuador no es un elemento del contrato de trabajo la ajenidad, por lo tanto, la remuneración puede ser totalmente compuesta por los propios frutos que produce el trabajo de quien lo ejecuta; sin que por ello se viole el elemento de ajenidad –que en el Ecuador– no existe, si se aplica en su sentido literal la legislación.

Así, por ejemplo, si un trabajador es contratado para la elaboración de unas sillas a partir de la transformación de unos maderos que ha recibido de su empleador, en este caso la remuneración del trabajador en el Ecuador, podría ser una parte del resultado de las ventas que el mismo trabajador hace de las sillas; la diferencia debería ser entregada al empleador. Debe tomarse en cuenta que las sillas que se elaboran son realizadas bajo la estricta dirección del empleador y solo son ejecutadas por el trabajador, que las hace con la intención de obtener –al fin de su ejecución– el remanente de sillas que le quedan, mismas que constituyen su remuneración.

Al respecto, dentro de este caso si bien la relación no es por cuenta ajena –ya que los frutos del trabajo se perciben directamente por quien ejecuta la labor– dado que, por otra parte si existen los elementos del contrato de trabajo la relación se encuentra protegida aunque no exista el elemento de ajenidad.

En este caso estamos ante un servicio realizado bajo dependencia, personalmente, donde la remuneración supone los frutos del trabajo, mismos que al ser adquiridos directamente por el trabajador determinan que esta actividad sea realizada por cuenta propia. En este caso, aunque el empleador no se apropia directamente de los frutos del trabajo –por

---

2010, pág. 480.

<sup>85</sup> “Artículo 1 Ámbito de aplicación 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.” LEY ESTATUTO DE TRABAJADORES.

lo que no estamos ante una trabajo por cuenta ajena, puesto que en el Ecuador no es una obligación el elemento de ajenidad—, bien puede existir un trabajo remunerado por cuenta propia, que esté sometido al Código de Trabajo; ya que la ajenidad no es un elemento para que se configure la existencia de un contrato de trabajo.

Esto determina que en el Ecuador, la remuneración no supone siempre la contraprestación que paga el empleador por apropiarse de los frutos del trabajo, como se ha entendido acertadamente en las legislaciones que establecen como un elemento fundamental de la relación de trabajo la ajenidad<sup>86</sup>. En el Ecuador, por el contrario, la remuneración, si bien puede ser el pago por la apropiación de todos los frutos del trabajo, no siempre lo será, como ocurriría en el caso de que los frutos del trabajo se perciban por cuenta propia directamente por el trabajador; de tal manera que el objeto de la remuneración que tiene como único fin la apropiación de los frutos del trabajador no es aplicable al caso ecuatoriano. Entonces, siempre se tendrá que entender que la remuneración es el objeto del contrato de trabajo<sup>87</sup> y su causa de parte del trabajador; más siempre un pago, necesariamente se hace por adquirir todos los frutos del trabajo, que no en todos los casos son adquiridos directamente por el empleador, ya que bien podría existir un contrato —como he señalado— donde los frutos del trabajo se adquieran por el trabajador para que luego este ceda una parte de los mismos al empleador; configurándose una relación de trabajo que si bien es por cuenta propia para el trabajador, en caso de que se cumplan los elementos previstos en el artículo 8 del

---

<sup>86</sup> “...Si el trabajo es productivo, surgen de él los frutos precisos para la subsistencia de quien trabaja; si son cedidos originariamente a otro porque el trabajo sea por cuenta ajena, el otro ha de compensar la cesión con bienes valiosos que permitan que siga siendo productivo el trabajo dentro de la relación de ajenidad. Un trabajo a la vez productivo y por cuenta ajena es, por tanto, necesariamente remunerado, siendo la remuneración la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que se le ceden. Si el trabajo además de productivo y por cuenta ajena es libre, tanto la cesión del trabajo como la remuneración del mismo han de ser objeto de un pacto —previo a la cesión como fenómeno fáctico— en que el trabajador empeñe su voluntad de ceder los frutos y el ajeno la suya de remunerarlos. Ambas cesiones, situadas una frente a la otra, son pues, onerosas, y a la postre no son sino las prestaciones derivadas el pacto, o el contenido de las obligaciones recíprocas que constituyen su objeto. Con lo dicho ha quedado descrita la sustancia del contrato de trabajo sobre la que se insistirá más adelante como cesión originaria y remunerada, en régimen de trabajo libre, de los frutos del trabajo, objeto preciso de las obligaciones contractuales que tan claramente separa el del trabajo, otros datos aparte, de los demás contratos de cambio a cuyo género pertenece.” ALONSO, MANUEL; CASAS, MA. EMILIA. *Derecho del trabajo*. 22ª edición, Madrid: Thomson Civitas, 2004, pág. 50.

<sup>87</sup> “La obligación de pago del salario por el empresario, es junto al servicio realizado por el trabajador, objeto del contrato de trabajo”. MARTÍN, ANTONIO; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN; GARCÍA, JOAQUÍN. *Derecho del Trabajo*. 18ª edición, Madrid: Tecnos, 2009, págs. 589-590.

Código de Trabajo, se constituirá en un contrato de trabajo.

Por lo tanto, bien puede existir el elemento de onerosidad del trabajador, incluso si la percepción de los frutos no se hace por cuenta ajena, ya que solo con que exista la intención de que el trabajo sea remunerado –esto es que suponga un pago–, aunque el mismo se realice por el empleador a partir de permitir que el trabajador goce de los frutos de su propio trabajo, ante este hecho se cumple con el elemento, sin importar de donde proceda la remuneración (con respecto de la cual existe la máxima amplitud para su procedencia). Hecho que tiene concordancia con la definición de remuneración contenida dentro del Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración de la Organización Internacional de Trabajo, que dice en su parte pertinente:

*“Artículo 1*

*A los efectos del presente Convenio:*

*(a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;”*

De esta forma, incluso si la remuneración no es entregada por el empleador, se entiende que existe remuneración ya que la misma puede existir incluso si se entrega indirectamente, lo que incluye el caso de que la remuneración se perciba por cuenta propia, pues el trabajador bien puede estar sometido a un contrato de trabajo ya que si se perciben ingresos por servicios por cuenta propia, nada impide que a su vez el trabajador preste servicios que sean personales, por una remuneración y bajo dependencia.

Así mismo, tampoco requiere la legislación ecuatoriana que el trabajador se encuentre absolutamente exento de riesgo económico como un elemento para que se configure la relación de trabajo; es decir, la conocida ajenidad determinada por los riesgos. Por ejemplo, en el caso propuesto bien podría la remuneración que perciba el trabajador, variar en función del número de sillas que reciba, ya que lo único que se garantiza es el pago de una remuneración mínima, la variación por encima de ese valor puede existir de tal manera que el trabajador no será ajeno de los riesgos económicos que su actividad

productiva produzca. Es más, llega a tal punto el Código de Trabajo ecuatoriano, que establece el contrato de participación dentro del cual señala:

*“Art. 13.- Formas de remuneración.- En los contratos a sueldo y a jornal la remuneración se pacta tomando como base, cierta unidad de tiempo.*

*Contrato en participación es aquel en el que el trabajador tiene parte en las utilidades de los negocios del empleador, como remuneración de su trabajo.*

*La remuneración es mixta cuando, además del sueldo o salario fijo, el trabajador participa en el producto del negocio del empleador, en concepto de retribución por su trabajo.”*

Este contrato de participación ni siquiera garantiza el pago de un mínimo<sup>88</sup>, por lo que en este caso el trabajador asumiría enteramente el riesgo de su actividad, pese a lo cual podría estar protegido por el Derecho del Trabajo si se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Así, en el contrato propuesto, basta con que exista un servicio, que el mismo sea personal en materia laboral, que sea realizado por una intención de onerosidad del trabajo y bajo dependencia –aunque no exista ajenidad en los riesgos– para que haya contrato de trabajo, y por ende la protección del Código de Trabajo.

Esto lleva a concluir que en el Ecuador, bien podría protegerse una relación por cuenta propia por el Código de Trabajo siempre que se cumplan los elementos del contrato de trabajo; donde lo que sí estaría excluido son las relaciones de trabajo autónomas, pero no las realizadas por cuenta propia –entendiendo que ambos conceptos no son sinónimos<sup>89</sup> ya que la autonomía, supone la inexistencia de dependencia, mientras que la relación por cuenta propia, podría suponer la existencia de dependencia, ya que el

---

<sup>88</sup> “El Código del Trabajo no regula, y deja sin solución positiva en los contratos en participación y mixtos, gravísimas cuestiones relacionadas con el salario básico, el plazo máximo para el pago, la situación del trabajador en caso de pérdidas, etc. (...) debemos anotar que en caso de pérdidas en la industria o negocio, el trabajador no tendría derecho a reclamar valor alguno por concepto de participación en los beneficios, pero tampoco tendría que participar en las pérdidas; aunque discutible, lo que dejaría de percibir es la remuneración por los servicios prestados ya que ella dependía de que hubiera ganancias.” TRUJILLO, JULIO CÉSAR. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Quito: Centro de publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, pág. 152.

<sup>89</sup> MARTÍN, ANTONIO; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN; GARCÍA, JOAQUÍN. *Derecho Del Trabajo*. 21ª ed. Madrid: Tecnos, 2012, págs. 46-51.

hecho de que una relación sea por cuenta propia o no, no se desprende necesariamente de su autonomía, sino de quien se apropia de los frutos –en primera instancia– del trabajo.

De todas formas, y para lo que ahora nos ocupa, es fundamental encontrar que es factible que se configure el elemento de remuneración en el Ecuador, aun cuando el trabajador comparta el riesgo económico que se genere por los resultados de su trabajo, incluso absolutamente.

Puntualmente, en el caso de la ajenidad y dado que se ha confundido, en el Ecuador, la voluntad de onerosidad con el mismo hecho del pago; también se ha asumido que ese pago solo puede ser hecho para beneficiarse de los frutos del trabajador, mismos que pasan a percibirse por cuenta ajena por el empleador, de tal manera que en algunos casos se ha considerado por la jurisprudencia ecuatoriana que la ajenidad es un elemento del contrato de trabajo.<sup>90</sup>

Al respecto –tal como se ha detallado– no existe ninguna norma que exija aquello; más aún, la propia jurisprudencia ecuatoriana es mayoritaria en no considerar a la ajenidad como un elemento esencial del contrato de trabajo.<sup>91</sup> De tal forma, que cabe

---

<sup>90</sup> “...a) El Art. 8 del Código del Trabajo, determina que: "Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por la ley, el contrato colectivo o la costumbre"; de ahí que los elementos definitorios de éste son: el carácter personal de la prestación laboral, su retribución y, sobre todo, las notas de dependencia y ajenidad.” Expediente 215, Registro Oficial 61, 11 de Abril del 2007.

<sup>91</sup> “...CUARTO: Con esta fundamentación bastante escueta y de la lectura del necesario expediente, sin duda alguna se colige que el aspecto medular se dirige a determinar de manera clara y precisa si existe o no relación laboral entre las partes, vínculo que, al ser negado por la parte demandada en la audiencia de conciliación correspondía al actor probar en juicio esta afirmación, o lo que es lo mismo, debía demostrar categóricamente, la existencia de los tres elementos constitutivos que configuran y deben coexistir en todo vínculo laboral, de acuerdo al Art. 8 del Código del Trabajo, los cuales analizaremos a continuación: 1. La prestación de servicios lícitos y personales, es decir, el compromiso jurídico que adquiere voluntariamente el trabajador para desempeñar las actividades lícitas pactadas en forma personal, esto es, que tiene que realizarlas él mismo y no por interpuesta persona, no ha sido demostrada en el presente caso, pues, los documentos de fojas 3 a 7 del cuaderno de primer nivel, sólo contienen expectativas de trabajo que según sus textos nunca llegaron a concretarse, por tal motivo, no se puede concebir la existencia de prestación de servicios en base a este tipo de correspondencia; 2. La dependencia o subordinación, que constituye el elemento más importante de la relación laboral, y tiene que ver con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que se imponga para la armonía que debe existir en todo vínculo contractual, tampoco ha sido demostrada, sino por el contrario, con los documentos de fojas 46, 48 y 50 se determina que el actor actuaba con toda libertad e independencia y no estaba sujeto a ningún tipo de horario de trabajo, lo cual demuestra la carencia de este elemento de todo contrato individual de trabajo, y, por el

concluir que no es un elemento del contrato de trabajo la ajenidad, ni en cuanto a las percepciones de los frutos ni en cuanto a la exención del riesgo económico, según se ha dicho.

Luego, ya que el elemento del contrato de trabajo es la sola onerosidad, ni siquiera cabe analizar como elemento o no el pago, mucho menos la razón por la que se efectúa el pago como un elemento esencial del contrato, ya que lo único que tiene que valorarse es si la intención del trabajador es prestar su servicio a cambio de una remuneración; por lo tanto, bien cabe precisar que en el Ecuador, por todas las razones expuestas, la ajenidad no es un elemento esencial del contrato de trabajo.

En suma, entonces, la relación de trabajo protegida en el Ecuador, en virtud del elemento de onerosidad por voluntad del trabajador, es toda relación en que el trabajador preste un servicio pretendiendo percibir un ingreso a partir de su ejecución; de ahí que si en una relación de trabajo no ha existido el pago, no desaparece el elemento que configura la protección. Así mismo, no es elemento del contrato de trabajo en el Ecuador, la existencia de ajenidad puesto que nada impide que pueda configurarse el elemento de onerosidad por parte del trabajador aun cuando perciba sus ingresos por cuenta propia, en parte o totalmente; todo lo que significa que la relación protegida por el Derecho del Trabajo, también puede ser una relación de trabajo por cuenta propia. Así pues, cada vez precisamos con mayor exactitud cuál es la relación de trabajo –que a partir de una interpretación normativa precisa– es aquella que se encuentra protegida por el Derecho del Trabajo en el Ecuador.

---

contrario del estudio del expediente, ha quedado demostrado que el demandante ejercía las funciones de representación de "Bahía Mar Impor/Export". Incluso, es necesario dejar en claro que el Art. 3 del Código del Trabajo consagra la libertad de trabajo y contratación, mas no la libertad e independencia unilateral y voluntaria del trabajador en la realización de sus labores, pues nos guste o no, debe existir este elemento de subordinación o dependencia; y, 3. En cuanto a la remuneración, no se advierte en el proceso que se encuentre probada, lo único que existe de fojas 37 a 44 son transferencias económicas que, al decir del recurrente en su confesión judicial de fojas 119 y 119 vuelta no corresponden a ninguna remuneración percibido por el demandante, por tanto, tampoco se prueba la existencia de este elemento constitutivo de la relación laboral. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 209. (Quito, 20 de abril de 1999); Cfr.: Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 209.(Quito, 20 de abril de 1999); Cfr.: Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 4005. (Quito, 10 de julio de 2003).

## *Título VII*

### ***LA DEPENDENCIA COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO***

Probablemente, el elemento más distintivo del contrato de trabajo es el de la dependencia.<sup>92</sup> Hago esta aseveración puesto que, en líneas generales, la dependencia es un elemento prácticamente particular del contrato de trabajo que no se encuentra en otras relaciones. Esto significa que es fundamental contar con una precisa definición de aquello que se entiende por dependencia para poder precisar la relación de trabajo que se halla efectivamente protegida por el Derecho Laboral.

#### **7.1. INDEFINICIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA**

Al efecto, lo primero que puede recogerse es que la dependencia –como elemento del contrato de trabajo– no se encuentra definida dentro de la legislación ecuatoriana. Si bien el artículo 8 del Código de trabajo se refiere a la misma como un elemento del contrato de trabajo, no existe un concepto jurídico del referido elemento, lo cual sorprende, ya que según se analizó al valorar históricamente cómo se ha regulado la relación protegida por el Derecho del Trabajo; siempre se encontró que dentro de la legislación ecuatoriana, sin falta, se utilizó de manera textual el concepto de dependencia como uno de los elementos de aquella relación de trabajo jurídicamente protegida.

Así pues, el hecho de que no se ha definido qué se considerará por dependencia, ha provocado la existencia de una gran variedad de definiciones sobre el concepto. De ahí,

---

<sup>92</sup> Véase: MONTROYA, ALFREDO, *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, en CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, pág. 58.

que será materia fundamental de este apartado el definir claramente qué se entiende por dependencia a partir de la normativa del Código de Trabajo ecuatoriano, todo lo cual nos llevará a precisar el elemento final de nuestro estudio que nos permita detallar cuál es la relación de trabajo efectivamente protegida por el Derecho laboral ecuatoriano.

## **7.2. DEFINICIÓN ORDINARIA DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA**

Dado que la legislación laboral ecuatoriana no especifica qué se entenderá por dependencia, para conocer su sentido tendremos que referirnos al método de interpretación de las palabras previsto en el Código Civil Ecuatoriano; mismo que ya ha sido explicado y aplicado dentro de este trabajo, por lo que no haré ninguna precisión adicional sobre el mismo.

En todo caso, puede señalarse que tendrá que entenderse que el significado de dependencia tendría que ser aquel que ordinariamente se den a las palabras, conforme lo establece el artículo 18 numeral 2 del Código Civil. En esta virtud, corresponde observar cómo el diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la dependencia, y al efecto señala en su primera acepción que es la: “subordinación a un poder mayor.”<sup>93</sup> Es decir que el término se refiere a un tipo de sometimiento que existiría con respecto a un poder, mismo que no se encuentra especificado mayormente, aunque se detalla que este debe ser mayor que aquel de la persona sometida.

Así pues, de esta primera definición podría entenderse que se busca señalar que la dependencia siempre supone una subordinación, por lo tanto se homologarían ambos conceptos como si fuesen los mismos, no solo a partir de una valoración jurídica; sino también a partir del significado ordinario de éstos.

---

<sup>93</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=dependencia>.



### 7.3. DIFERENCIA FUNDAMENTAL ENTRE DEPENDENCIA Y SUBORDINACIÓN

Ante esa duda fundamental que surge en cuanto a determinar si la dependencia y la subordinación suponen el mismo concepto, corresponde realizar algunas precisiones que permitan diferenciar estos conceptos.

En esta virtud y si analizamos el término subordinación desde la perspectiva etimológica, podemos observar que el mismo proviene del vocablo latín “subordinatio” que sugiere la idea de que una persona se encuentra bajo un tipo de ordenamiento u organización, dado que las raíces de la palabra serían “sub” es decir bajo y “ordinatio” que significa ordenamiento. Así pues, y si asumimos en estricto sentido el significado que tiene la palabra subordinación; tendrá que concluirse que esta supone el sometimiento a la organización y, en general, a las órdenes de otra persona.<sup>94</sup>

Por otra parte, cuando el Diccionario de la Real Academia se refiere al término de la dependencia con relación al Derecho se dice que la dependencia es la: “situación de una persona que no puede valerse por sí misma.” Dentro de esta definición jurídica de la palabra dependencia, resalta que no se usa el término de subordinación, lo que permite concluir que el mismo no es fundamental para la definición del término.

Luego, lo que sí se encuentra, es que en líneas generales se entiende que la dependencia es cualquier situación de sometimiento de una persona con respecto de otra, sin importar cuál sea la razón de aquel sometimiento. De ahí pues, que la dependencia es en realidad un concepto más amplio que el de la subordinación –que como veíamos etimológicamente se refiere más que nada a un sometimiento organizacional–. Así pues y dado que no existe en el Ecuador ni una definición de dependencia, mucho menos de subordinación –que no es un concepto que el Código de Trabajo utilice para precisar los elementos del contrato de trabajo–; una vez que se analiza el sentido estricto de las palabras, puede encontrarse que las mismas no necesariamente son equivalentes, aunque

---

<sup>94</sup> “...Subordinación no es lo mismo que sujeción o sumisión, palabras que pueden evocar la idea de inferioridad. El propio origen etimológico de la expresión significa simplemente trabajar de acuerdo a las órdenes que se reciben de otro.” PLÁ, AMÉRICO. *Curso de derecho laboral: contratos de trabajo*, Tomo II, Vol. I, Montevideo: Acali, 1978, págs. 19-30.

muchos tratadistas así lo hayan interpretado, en ciertos casos amparados por el hecho que sus legislaciones no diferencian ambos términos, lo que por el contrario no ocurre en el Ecuador, donde su ordenamiento es prolijo en cuanto a no utilizar la palabra subordinación como un elemento de la relación de trabajo protegida. De ahí que en lo que respecta a este trabajo estamos ante términos que son diferentes.

Claramente, la dependencia no establece –en particular– a qué tipo de sometimiento se refiere, ya que siempre que una persona no pueda valerse por sí sola y por ende requiera de otra, se encontrará bajo dependencia. De tal manera que cuando se habla de dependencia, fundamentalmente se está precisando esta situación de sometimiento, sin que la palabra haga referencia a un tipo de sometimiento en especial; por el contrario, la subordinación tiene relación con un tipo preciso de sometimiento que es aquel organizacional.

Así pues y definido de esta forma el concepto de dependencia, cualquier razón por la que una persona requiera de otra para subsistir a cualquier nivel significaría que se encuentra bajo dependencia. De tal manera, que para que se configure la existencia de este elemento dentro de una relación, bastaría con que exista esta situación de sometimiento por cualquier causa, si nos ajustamos al significado de la palabra dependencia. De todas formas, también existiría la posibilidad de que haya personas que entiendan que la dependencia fundamentalmente supone un tipo de sometimiento, mientras que no permite la existencia de otros; así podría suceder si se considera que la dependencia fundamentalmente implica una subordinación a un sistema organizacional, es decir una dependencia administrativa.

Por lo tanto y dada la amplitud del concepto de la dependencia, el mismo puede llevar a amplias y diversas interpretaciones –lo que en efecto ha ocurrido– determinando que no exista una clara definición de aquello que podría o debería considerarse como dependencia. En esta virtud, paso a analizar cómo se ha entendido a la dependencia en el Ecuador, para delinear su contenido y formar una apropiada conceptualización del mismo.

## **7.4. TEORÍAS SOBRE LA DEPENDENCIA A PARTIR DE LA EMISIÓN DEL CÓDIGO DE TRABAJO**

Previamente ya se ha analizado cuál ha sido el trato e interpretación que se ha dado del término de dependencia en el Ecuador antes de 1938, mismo que ha sido fundamental para determinar la relación de trabajo jurídicamente protegida. Así pues, y de aquel análisis se puede concluir que fue la intención positiva del legislador –que determinó la relación de trabajo jurídicamente protegida– el precisar que el elemento necesario para que se configure la relación de trabajo es la dependencia; mismo que ha sido el que expresamente se ha utilizado para definir cuál es la relación protegida por el Derecho Laboral, de tal forma que no queda duda en cuanto a concluir que es la dependencia el elemento previsto para que se configure el contrato de trabajo en el Ecuador.

Precisados los antecedentes previos, paso a describir cómo se ha entendido a la dependencia en el Ecuador a partir de que se dictó el Código de Trabajo de 1938, mismo que establece que esta es elemento del contrato de trabajo, de tal manera que puedan encontrarse las múltiples y diversas formas en que se ha entendido el concepto; lo que permitirá visibilizar el problema que se generó en cuanto a la imprecisión práctica de aquello que se ha considerado como dependencia. Lo que en muchos casos ha generado equívocos al momento de determinar si una relación de trabajo se encuentra sometida a la protección del Código de Trabajo o no; todo lo que dentro de esta investigación pretende ser solventado.

### **7.4.1. La dependencia en sentido amplio**

Así pues, un primera corriente ha considerado a la dependencia a partir de una interpretación literal del artículo 8 del Código de Trabajo, de tal manera que no se asimila su concepto al de la subordinación; se habla expresamente de dependencia y no se entiende que el elemento sea la subordinación<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> “Este elemento (dependencia) da auténtico perfil y es fundamento del Contrato Individual de Trabajo, y permite diferenciarlo de otros contratos laborales que guardan similitud (Contrato Civil o Mercantil).

Así mismo, se recoge su significado en sentido amplio, de tal manera que se entiende que puede existir una variedad de casos donde se genere una relación de dependencia sin que se limite, la existencia de este elemento, a uno solo de aquellos casos.

Al respecto y definiendo el concepto que nos ocupa se ha dicho:

*“...La dependencia es un elemento de importancia en la relación laboral ya que el trabajador al aceptar el empleo se obliga a cumplir con los requerimientos, las órdenes y disposiciones que le imparta el empleador, a quien la ley le concede la facultad de impartir estas normas e instrucciones para regular las actividades y la producción. En efecto, es propietario constante o empleador quien determina las actividades a realizar, los materiales, los productos, horarios, sistemas, distribución de empleados y facultades para la producción de bienes, o la presentación de servicios, dentro de un marco legal y bajo el principio de autoridad. Recordando que las atribuciones del empleador están enmarcadas dentro de las normas y limitaciones impuestas por la ley, las regulaciones y prohibiciones que él establece dentro de este marco, deberán ser siempre respetadas por los empleadores y obreros de la empresa.*

*El Dr. Carlos Vela Monsalve determina que la dependencia se presenta en varios aspectos:*

- *“Dependencia Técnico-industrial, porque hace relación a los procedimientos para el empleo de instrumentos y maquinarias, a los cuales el trabajador debe sujetarse, depende de esta técnica;*

---

Hay que señalar que el trabajador en la relación laboral queda bajo las órdenes e instrucciones que disponga el empleador para efectuar sus servicios o actividades para lo cual es contratado oportunamente. Por ejemplo, una oficinista se compromete a prestar sus servicios en el horario y órdenes de trabajo que disponga la empresa y/o empleador previo acuerdo de las partes. (...) *“Dependencia (Art. 8). La dependencia laboral es una dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra, con la contraprestación de recibir una remuneración bajo la subordinación del empleador que adquiere, además, el derecho de darle órdenes y de dirigirle el trabajo con la contraprestación de recibir remuneración.”* BUSTAMANTE, COLÓN. *Manual de Derecho Laboral. El contrato individual de Trabajo*, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, págs. 86-87.

- *Administrativa y disciplinaria, ya que está impuesta por los reglamentos internos y procedimientos administrativos;*
- *Económica, como el trabajo se realiza por cuenta de otro y por cuanto es la primera motivación o valor de importancia que da el trabajador para realizar sus actividades, económicamente depende por la percepción de un salario o remuneración; y, es dependencia jurídica, ya que en virtud del contrato el empleador de acuerdo a la ley adquiere la facultad de dar órdenes y dirigir las acciones del trabajador.”<sup>96</sup>*

Esta corriente, fue seguida mayoritariamente en los años 1940 hasta los años 1980, durante el desarrollo del Derecho Laboral ecuatoriano y en algunos tipos de dependencia, se extendió hasta la década de 1990. Así, durante este tiempo se utilizaba comúnmente el concepto de dependencia, sin asimilarlo al de subordinación, ni a ningún otro.

Así por ejemplo, la Corte Suprema dijo:

*“e) aparece que Silva e Hidalgo no celebraron un contrato de trabajo propiamente dicho, como establece el art. 8º. del respectivo Código, supone dependencia permanente del trabajador al patrono, dependencia que se conoce por el contrato, por la clase de ocupación, por las horas obligatorias del servicio etc. En el caso presente el día en que no se hubiera ocupado el carro nada tendría que reclamar Hidalgo en concepto de porcentaje único a que tenía derecho. De igual modo, alquilando el carro, de ninguna manera Hidalgo habría podido pedir el 40%, en lugar del veinte, a título de haberse alquilado el carro en día domingo.”<sup>97</sup>*

En igual sentido, y siendo precisos en utilizar el concepto de dependencia sin homologarlo a la subordinación, la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“1º. Contrato individual de trabajo, dice el Art. 8º. del Código del Trabajo, es el*

---

<sup>96</sup> VÁSQUEZ, JORGE, *Derecho Laboral Ecuatoriano, Derecho individual*. Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2ª edición, Quito, 2009, Págs. 100-101.

<sup>97</sup> Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 10. Pág. 1189 (Quito, 3 de Marzo de 1950).

*convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a ejecutar una obra o a prestar un servicio bajo su dependencia, por una retribución fijada por el convenio, la ley o la costumbre; definición de la que aparece que, entre los requisitos esenciales para que exista tal contrato, figuran la dependencia y la fijación de la correspondiente retribución;”<sup>98</sup>*

Claramente, había un criterio jurisprudencial que consideraba precisamente a la dependencia como elemento del contrato de trabajo, sin referirse a la subordinación. Así pues, existen varias decisiones judiciales que mantenían el argumento señalado<sup>99</sup>; todo lo cual era claramente razonable, dado que conforme se desprende del propio Código de Trabajo, en ningún caso los legisladores ecuatorianos hicieron referencia al término subordinación, sino al concepto de dependencia, que –como se ha visto– supone un término con un contenido más amplio que el de subordinación y no necesariamente equiparable. Sin perjuicio de aquello, no puedo dejar de señalar que durante esa época, también podía encontrarse sentencias que comenzaban a utilizar a la dependencia como sinónimo de la subordinación<sup>100</sup>, aunque, sin duda, esta no era la corriente prevalente.

De todas formas, la diferencia sustancial entre aquel período del desarrollo del pensamiento jurídico y el actual, es que en aquel momento había clara doctrina que separaba a la dependencia de la subordinación, lo que a su vez provocó que se determine que puede existir dependencia no solo cuando exista un sometimiento al ordenamiento de una empleador; sino en otros casos, que exceden la dependencia administrativa o la subordinación –entendido este concepto– como la dependencia más que nada

<sup>98</sup> Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 10. Pág. 955 (Quito, 19 de Noviembre de 1955)

<sup>99</sup> Gaceta Judicial. Año XLI. Serie VI. Nro. 14. Pág. 838 (Quito, 6 de Junio de 1944); Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 13. Pág. 1581 (Quito, 8 de Diciembre de 1951) Serie VII. Nro. 13. Pág. 1581 (Quito, 8 de Diciembre de 1951); GACETA JUDICIAL. Año LXIX. Serie X. No. 10. Pág. 3406. (Quito, 29 de Abril de 1965)

<sup>100</sup> “...2o. El art. 8o. del Código laboral determina los requisitos esenciales del contrato individual de trabajo, esto es, del convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra, bajo la dependencia de ésta, a prestar un servicio mediante retribución fijada por la convención o la ley o la costumbre. Y, en el caso, no consta circunstancia ninguna que demuestre se haya establecido subordinación o dependencia del actor a la Institución demandada. 3o. Tampoco ha existido remuneración convencional, no obstante decir que por buenas relaciones han pasado doce años sin retribución estipulada y reclamo alguno. 4o. Cualesquiera obligaciones o compensaciones mutuas, entre servicios profesionales y la ocupación de un local, serían asunto ajeno del que pudiera tratarse en este juicio.” Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 9. Pág. 902 (Quito, 22 de Diciembre de 1955).

administrativa.

Así pues, no son extraños los casos –dentro del Ecuador– en que se consideró la existencia del elemento de dependencia dentro de una relación, no solo basándose en las órdenes que el empleador da al trabajador o en su sometimiento a la organización de la empresa, sino en otros tipos de dependencia.

#### **7.4.1.1. Reconocimiento de la dependencia material como un tipo de dependencia**

Verbigracia de lo señalado, la Corte Suprema dijo:

*“5°. El contrato de obra en el Código Laboral, está sujeto en su ejecución a la voluntad del patrono, de donde deriva la dependencia del servicio por parte del trabajador; pero en esta clase de contratos (Art. 2046 del Código Civil), queda al arbitrio del artífice, en razón de sus conocimientos especializados, la realización de la misma. Además en el primer caso, el patrono está obligado a entregar los materiales para la obra más el 30% del costo de la misma, por cuyos valores podrá exigir una caución, si lo creyere conveniente. En el contrato de obra material, por el sólo hecho de que el artífice suministra la materia para su confección, como en este caso, se convierte en un contrato de venta y lo subordina, en su ejecución, a las prescripciones del parágrafo 7°. a que se ha hecho referencia. Consecuentemente, no es éste un contrato de trabajo, como se expresa en la demanda y por consiguiente, está subordinado a las normas del derecho civil, antes expresado.”<sup>101</sup>*

Al respecto, en el caso propuesto se analiza por la Corte Suprema, la existencia de una relación laboral protegida por el Derecho del Trabajo a partir de una dependencia que se podría considerar como material o de recursos. Así pues, no existe relación de trabajo, no porque no existan órdenes, sino porque materialmente el trabajador no depende de su empleador; por el contrario, es el trabajador el que independientemente aporta con

---

<sup>101</sup> Gaceta Judicial. Año LXXV. Serie XI. No. 10. Pág. 1425. (Quito, 8 de Enero de 1971).

los recursos para la prestación que se ha contratado.

Vemos un caso, entonces, donde la existencia de una relación laboral se determina a partir de lo que sería una dependencia material, justamente impuesta por la norma jurídica, sin que se analice en nada la subordinación o la dependencia administrativa. Es claro, entonces, que no se considera que la única dependencia relevante en Derecho –al menos en el caso ecuatoriano– sea la dependencia administrativa.

Por otra parte, esta interpretación no podría realizarse dentro de un ordenamiento jurídico que establece como elemento del contrato solo a la subordinación, ya que nada tiene que ver el sometimiento a una organización con el hecho de que el trabajador dependa del empleador para la entrega de materiales.

Así pues, y dado que en el Ecuador se utiliza el término de dependencia, que implica la existencia de cualquier tipo de sometimiento es que se puede señalar que el hecho de que el empleador sea quien debe proveer todos los materiales, supone que exista una tipo de dependencia, que en este caso sería una dependencia material o de recursos.

Al efecto, entonces, estamos dentro de un caso donde se determina la existencia de la relación laboral porque se configura una dependencia, que no solo es la dependencia administrativa o subordinación.

Sobre el mismo tema y con igual criterio, la Corte Suprema consideró que por el solo hecho de que se provean recursos a un persona para realice su trabajo, sin los cuales el mismo no podría realizarse, se produciría dependencia, que si bien no es administrativa, tiene relación con aquella dependencia material a la que me he referido antes.

En relación con lo dicho, vale observar el siguiente caso expuesto por la Corte Suprema:

*“Para que medie relación laboral entre dos personas, se supone existir la utilización de los servicios de una de ellas como persona natural, a favor de la otra, que puede ser natural o jurídica, mediante la satisfacción de la*



*correspondiente retribución pecuniaria, según el Art. 8º. del Código del Trabajo. El empleador ostenta la calidad de tal cuando dispone como propietario, poseedor o tenedor, de los instrumentos de capital para su explotación. Y aún en el caso extremo del patrono del servicio doméstico, se advierte que éste también dispone de tales instrumentos que, para él son la morada y cuanto mueble posibilite el desenvolvimiento del respectivo trabajador. En el presente caso, se observa que la parte demandada dispone de los siguientes instrumentos: a) la existencia de un local que las partes acuerdan llamar “capilla”; b) la instalación de dicho local con los bienes necesarios para su puesta a servicio en función lucrativa, como demuestra haberlo sido a través del proceso y para tal fin, ha contado con el altar, alcancía en donde recogían limosnas y la imagen en bulto que representa, a quien las partes ligantes identifican como al Niño Dios de Isinche; c) la demandada utiliza el local, sus instalaciones, ornamentos y la imagen en mención para obtener como lucro. cinco sures por misas, allí celebrada y, además, el producto íntegro, de cuanto los feligreses depositaban en la alcancía o cepillo para el culto divino, fuera de los convenios particulares por cuantas veces la imagen era llevada a domicilios o lo que ella daba en llamar “procesiones”, todo lo cual aparece de abundante instrumentación que apareja el actor a su escrito de fs. 16, constante de fs. 30 y siguientes, y diligencia de reconocimiento de firmas de fs. 24; d) la retribución aparece demostrada a través de los datos procesales siguientes: de la afirmación del actor en cuanto recogía para sí alquileres de ropas, cera de los candeleros, concordante con la contestación opuesta a la demanda en cuanto la parte demandada expresa: “El hacía cierto negocio con los devotos del Niño de Isinche y además aprovechaba de las ceras de la capilla de mi hacienda Isinche”. Cierta negocio equivale a admitir la participación del actor en la actividad lucrativa de la empleadora y sin cuyo consentimiento expreso no se hubiere producido; e) de los testimonios de Manuel Cristóbal Lozada, a fs. 8 vta. y 9, de Luis Hinojosa, a fs. 9 y 9 vta., Manuel Resurrección Calero, a fs. 9 vta, conformes ellos en afirmar acerca de la presencia constante del actor en el local al que le suelen llamar capilla de la hacienda, durante todo el tiempo, así como, previa orden de Amada Calero S., la custodia o cuidado de la imagen en bulto mientras recorría la región o el caserío en actos ceremoniales, y durante*

*visitas que hacía la imagen a domicilios particulares, cuidado por el que cobraba Laverde un precio pactado con los interesados en dichos actos y que lo tomaba para sí con consentimiento de la demandada. Así pues, la afirmación concordante de dichos testigos revela el vínculo de dependencia entre actor y parte demandada, en torno al servicio, lucrativo para la parte empleadora y retributivo para el actor que dimanaba desde el local que las partes acuerdan denominar capilla para el Niño de Isinche. De otro modo el actor no hubiere podido subsistir tan largo tiempo si no hubiere mediado dicha dependencia económica jurídica. Estas consideraciones se substraen de toda calificación al hecho de que ambas partes háyanse dedicado a la explotación de ideas, aparentemente religiosas, a moradores de extrema simplicidad rústica porque de calificarlos, se podría presumir violentada la irrestricta garantía a la libertad de creencias que postula el numeral 11º. del Art. 141 de la Constitución de 1945 en vigencia.”<sup>102</sup>*

De la jurisprudencia transcrita, se encuentra que se ha considerado que la relación material del litigio es laboral, puesto que se entiende que existe dependencia toda vez que el trabajador requiere de manera indispensable de los recursos que el empleador provee, para la prestación de servicios. Así pues, una vez más, no se analizan las órdenes que se imparten, sino este otro tipo de dependencia a la que si bien se llama económica, sería más preciso denominarla material en cuanto se establece que la misma se genera porque la prestación del servicio solo se puede realizar a partir de los recursos que el empleador aporta para la obra. Vemos, una vez más, que la jurisprudencia ecuatoriana entiende que el elemento de dependencia puede presentarse, no solo cuando ha existido la clásica dependencia administrativa o subordinación; sino también en otros casos, aplicando entonces el concepto de dependencia en un sentido amplio.

Estos casos, a su vez no son extraños, pues en no pocas situaciones –durante este período– se consideró la dependencia material para determinar si existía o no relación laboral. Así pues, un criterio para determinar la independencia fue expresamente que el

---

<sup>102</sup> Gaceta Judicial. Año LXXV. Serie XII. No. 3. Pág. 546. (Quito, 5 de junio de 1973).

trabajador cuente con sus propios recursos para la ejecución del trabajo.<sup>103</sup> En este punto, es claro que no se está valorando solo la recepción de órdenes; sino esta dependencia material a la que me he referido.

#### ***7.4.1.2. Reconocimiento de la dependencia económica como un tipo de dependencia***

Así mismo, han existido casos en que se ha determinado la existencia de dependencia porque se configura una dependencia que excede de lo administrativo o de la subordinación, y que encaja más en el concepto de dependencia económica.

Al respecto, la Corte Suprema Ecuatoriana, al valorar si una relación se somete o no a las disposiciones del Código de Trabajo, indica:

*“3ª).- La parte demandada ha probado que el Barcelona S.C. tenía una Comisión Médica de cual formaba parte el demandante. Con la prueba testimonial se acredita que se le pagaba al actor por sus servicios médicos, ya que constaba en los roles de pago. Sin embargo, lo esencial en el Derecho Laboral es la “prestación de servicios” lícitos y personales, siendo patrono o empleador la persona o institución “por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio”, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 10 del Código del*

---

<sup>103</sup> “...El demandante sostiene a lo largo de todo el proceso y, en particular en la confesión que rinde que su actividad la realizaba de modo independiente, valiéndose de vehículo propio; que verificaba la venta, entregaba a la Empresa el dinero, "después de distribuir y ganándome la pequeña comisión"; "que el carro en el que distribuía los productos de "La Victoria" era de mi propiedad y era conducido por mi persona como chofer y cobrador; como el trabajo era pesado y no alcanzaba hacerlo yo solo me ví obligado a coger un ayudante y a pagarle". Esto último revela a las claras que antes que trabajador en relación de dependencia resultaba empresario, con absoluta autonomía para desenvolverse en la adquisición, distribución y reventa de los productos de la Cervecería y, lo que es más, que trabajaba con vehículo propio y con ayudante bajo sus órdenes a quien remuneraba. En síntesis, de la prueba del proceso no es posible admitir el nexo laboral que pretende el actor cuyas relaciones con la empresa se identifican plenamente con una relación jurídica de todo diversa como es el contrato de comisión mercantil en los términos del Art. 374 y siguientes del Código de Comercio pues la regla antedicha preceptúa que comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente y no queda duda que el actor distribuía y revendía a la vez, alcanzando la comisión pactada en los diversos elaborados de Cervecería. Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 5. Pág. 966. (Quito, 29 de Marzo de 1979); Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 9. Pág. 1876. (Quito, 28 de mayo de 1980).

*Trabajo.- 4ª).- La dependencia en este caso se concreta en el cumplimiento de las atenciones médicas sin que el profesional tenga que fijar honorarios a cada uno de los pacientes, cuya retribución es EL SUELDO MENSUAL y sea cual fuere el número de esas atenciones.”<sup>104</sup>*

Conforme se observa, la Judicatura entiende que la dependencia se produce por el hecho de que el trabajador percibe sus ingresos solo del empleador y no de las personas a las que presta sus servicios. Por lo tanto, determina que se configura la dependencia a partir de la fuente de la que provienen sus ingresos; de tal forma que se entiende la existencia de sometimiento, en virtud del plano económico.

Hay que notar que la jurisprudencia no analiza el elemento de la existencia de remuneración a partir de la forma en que se paga al trabajador; sino que analiza el elemento de dependencia a partir de la fuente de ingresos única.

De esta forma, entonces, se concluye la existencia del elemento de dependencia no por las órdenes que el trabajador reciba, sino por la fuente de los ingresos; es decir a partir de una dependencia económica que basta para que se configure el contrato de trabajo. Por lo tanto, es evidente que la jurisprudencia ecuatoriana ha entendido al concepto de dependencia desde una perspectiva amplia, que no solo se ha limitado a la clásica idea de la subordinación, previsto en legislaciones extranjeras.

Con igual criterio, la Corte Suprema ha considerado que en efecto, puede producirse una dependencia económica que genere la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que la dependencia económica configura el elemento de dependencia. Al respecto ha indicado:

*“A falta de estipulación expresa, se considera contrato tácito a toda relación de trabajo entre patrono y trabajador, prevé el segundo inciso del Art. 12 del Código de la materia, presuponiéndose en la prestación del uno hacia el otro servicios personales y sobre todo, lícitos; el provecho del empleador (literal x) del Art. 148 de la Constitución en vigor, la dependencia de la parte débil hacia*

---

<sup>104</sup> Gaceta Judicial. Años LXXV. Serie XII. Número 3. Pág. 644 (Quito 26 de Julio de 1973).

*la parte económicamente más fuerte, y la consiguiente retribución como, signo externo de la dependencia y prestación de servicios lícitos.”<sup>105</sup>*

Además de estos casos, no son extraños aquellos litigios, durante esta época del desarrollo del concepto de dependencia en el Ecuador, donde se consideró a la dependencia económica como suficiente para configurar la existencia del elemento de dependencia<sup>106</sup> dentro de un contrato de trabajo. Por lo tanto, durante esta fase del desarrollo histórico de la interpretación de la dependencia, es claro encontrar que existió un criterio por el cual la sola existencia de dependencia económica permite entender que se había producido el elemento de dependencia, misma que se interpretaba en un sentido amplio.

#### ***7.4.1.3. Reconocimiento de la dependencia comercial como un tipo de dependencia***

A su vez, existen sentencias donde se ha considerado una suerte de dependencia comercial para determinar si existe el elemento de dependencia, es decir, que se valora si se genera el elemento de dependencia por el hecho de que el trabajador tenga o no acceso al mercado.

Ejemplo de lo señalado, ha sido indicado por la Corte Suprema, en cuanto dice:

*“CUARTO.- Por lo expuesto en los considerandos anteriores se deduce que entre los litigantes no existió la relación de dependencia ni la retribución consistente en sueldo o salario a que se refiere el Art. 8º. del Código de trabajo. Los instrumentos que obran de fs. 6 a 11 del cuaderno de primera instancia se*

---

<sup>105</sup> Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 6. Pág. 1170.

<sup>106</sup> “...Elementos esenciales del contrato de trabajo son, entre otros, el vínculo de dependencia o subordinación, la profesionalidad y de que es oneroso. En el caso, de la prueba actuada se observa que el actor no ha prestado sus servicios bajo la dirección de los personeros de la Sociedad demandada, puesto que su actividad económica esencial fue la del manejo del bar, en su beneficio personal; que los servicios que brindaba a la Sociedad, con el cuidado de las salas de juego, no constituían su medio de vida, sino más bien era parte de las actividades sociales institucionales y que repercutían en la utilización de los servicios de bar en favor del ya mencionado actor; y que las cantidades asignadas al actor eran una compensación al cuidado que como socio desplegaba para que se mantengan los servicios de juegos de salón y funeraria.” Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 15. Pág. 3432. (Quito, 20 de julio de 1977).

*refieren a la notificación con la terminación del contrato de transporte, a cobros esporádicos a distribuidores, al pago al actor “por el transporte de ejemplares” y descuento de un día no trabajado o sea por no haber transportado el periódico y suscripción de una hoja de control respecto de la hora en que entregaba los ejemplares de la Despensa “Marcisa” de Salinas. Es evidente que el actor que transportaba en su vehículo otras mercaderías habrá tenido las mismas obligaciones con los destinatarios de ellas. En resumen, el análisis de las relaciones establecidas entre el actor y la empresa demandada conduce a la conclusión de que no ha existido entre las partes contrato laboral sino contrato de servicio, ya que no hubo dependencia o subordinación al patrono, por lo que aceptándose la excepción deducida al respecto por la parte demandada, y siendo, por lo mismo, innecesario hacer otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia venida en grado y se desecha la demanda. Sin costas por haber recurrido ambas partes y no haberse litigado con mala fe. Notifíquese.”<sup>107</sup>*

Puede constatarse que se analiza si existe o no dependencia, fundamentalmente, a partir del hecho de que el supuesto trabajador accede al mercado y por ende presta sus servicios a otros clientes simultáneamente. Así pues, se considera un tipo de dependencia comercial como una forma de dependencia suficiente para generar este elemento del contrato de trabajo.

Por lo tanto, y dado que se considera que en este caso no existe la dependencia comercial, se determina que no se produce una relación protegida por el Código de Trabajo. Como resultado, se encuentra que, también para la jurisprudencia ecuatoriana, es válido analizar si existe una dependencia comercial para determinar si son aplicables o no las disposiciones del Código Laboral.

---

<sup>107</sup> Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 12. Pág. 2572. (Quito, 17 de Agosto de 1976).

#### **7.4.1.4. La dependencia técnica como un tipo de dependencia**

Correlativamente con lo señalado y entendiendo que cualquier tipo de dependencia podía configurar la existencia de este elemento en el Ecuador; se entendió que la existencia o inexistencia del elemento de dependencia técnica, podía suponer que se produzca o no el elemento de dependencia, y que por ende una determinada relación de trabajo pueda o no ser protegida por el Derecho del Trabajo.

Al respecto, la Corte Suprema ecuatoriana consideró:

*“QUINTO.- De la prueba actuada en la presente causa se desprende que no se han cumplido las condiciones determinadas en el Art. 8 del Código del Trabajo puesto que si bien el actor ha prestado servicios lícitos y personales en su calidad de Odontólogo pero no existe la relación de dependencia, elemento indispensables para que se configure el contrato de Trabajo en razón de que el ejercicio de una profesión liberal como la efectuada por el demandante se realiza obedeciendo a su autónoma y propia dirección al conocimiento adquirido en sus estudios universitarios y por lo mismo no se hallaba sujeto a la subordinación o a las instrucciones de su empleador por consiguiente no hay la dependencia jerárquica al no haber puesto a órdenes del empleador su energía de trabajo sino conocimientos científicos que se hallan excluidos de la dependencia u obediencia. En consecuencia al no haberse justificado conforme a derecho la existencia de contrato individual de trabajo.”<sup>108</sup>*

Recogiendo el mismo criterio, la Corte Suprema señaló:

*“Es obvio que la ejecución de estas actividades comporta no otra cosa que el natural y normal ejercicio de la abogacía y que en ningún caso puede asimilarse a una relación laboral. Más aún, el profesional liberal y este es el caso de la abogada actora al cumplir sus deberes de tal no se encuentra subordinado a su cliente y por consiguiente no puede recibir instrucciones de él. Cosa contraria ocurre con la vinculación de trabajo en la que precisamente y*

---

<sup>108</sup> Gaceta Judicial. Año XC. Serie XV. No. 8. Pág. 2205. (Quito, 21 de marzo de 1990).

*de manera imperiosa se dan la dependencia o subordinación y guía anotada. Así y en abono a lo expuesto sería insólito pretender que un paciente instruya al médico sobre cómo debe curar una dolencia, prescribirle una terapia, o que a un ingeniero constructor, el cliente le instruya acerca de cálculos estructurales, resistencia de materiales o mecánica del suelo. Igualmente, resulta inconcebible pretender que a un abogado el cliente neófito, profano y lego en los altos y nobles menesteres de la ciencia jurídica pueda señalarle derroteros, guías o caminos para el éxito de una contienda judicial. Lo expuesto hace que este Tribunal rechace la alegación del abogado de la actora al manifestar que aquella recibía instrucciones de la parte empleadora cuando esta lo que precisamente le encomendaba era la realización de gestiones de cobros, actuaciones judiciales y otras de iguales características pertenecientes por supuesto a su giro profesional.”<sup>109</sup>*

En tal virtud, se había considerado que la dependencia también podía ser técnica, de tal forma que si dentro de una relación podía encontrarse que no existía la posibilidad de que el empleador dirija técnicamente las actividades del trabajador; solo por ese hecho tendría que asumirse que no se configuraba el elemento de dependencia. Claramente, entonces, esta corriente jurisprudencial –que en el caso de la dependencia técnica se extendió hasta los años 90– consideró al elemento de dependencia en un sentido muy amplio, donde para observar si el mismo se configuraba o no, correspondía analizar cualquier tipo de dependencia; sin necesidad de limitarse a la dependencia administrativa o subordinación.

#### **7.4.2. La subordinación o dependencia administrativa como único tipo de dependencia**

En todo caso, y pese a que en el Ecuador se había desarrollado una interesante teoría que entendía la dependencia en un amplio sentido y que establecía que varios tipos de la misma podían provocar que este elemento se produzca, progresivamente, y de manera

---

<sup>109</sup> Juicio No. 34-97 Quito, marzo 18 de 1998; las 11h30. R.O. No. 325 de mayo 26 de 1998. Página 22.



especial a partir de la década de 1980 comienza a imperar la teoría de que la dependencia única –que es relevante para que se configure un contrato de trabajo– es la llamada dependencia jurídica; en particular, asumiendo que la dependencia jurídica es primordialmente la subordinación o dependencia administrativa. Todo esto fundamentalmente influenciado por la doctrina extranjera que interpretando los ordenamientos jurídicos donde el elemento del contrato de trabajo es textualmente la subordinación, entendía que la dependencia primordial para el Derecho del Trabajo es la dependencia administrativa o subordinación<sup>110</sup>; concepto que de acuerdo a dicha doctrina es virtualmente sinónimo del de dependencia<sup>111</sup>.

Es en este punto que se comienza a perder el particular desarrollo que se había dado en el ámbito ecuatoriano; empezando a adoptarse, sin ningún tamiz, aquella consideración extranjera formulada para entender el elemento de subordinación, misma que se aplicó para interpretar el elemento de dependencia. Así pues, aparece gran cantidad de jurisprudencia que se adscribe a esta teoría.

Al respecto la Corte Suprema dijo, entre otros múltiples casos, lo siguiente sobre la dependencia, que sería la relevante para el Derecho del Trabajo:

---

<sup>110</sup> “...El concepto de relación individual de trabajo incluye el término subordinación para distinguir las relaciones regidas por el derecho del trabajo, de las que se encuentran reguladas por otros ordenamientos jurídicos. Por subordinación se entiende, de una manera general, la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo, para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa.” MARIO DE LA CUEVA. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México D.F.: Porrúa, 1972, págs. 196-201.; Véase también: “...El tercer elemento, la subordinación, que es característica más relevante de la actividad laboral estructurada y regulada, otorga al sujeto que recibe el servicio, un derecho subjetivo de mando (impartir órdenes en relación con la materia, eficiencia, lugar y tiempo en que la actividad laboral debe prestarse) y se impone, al sujeto que lo presta, un deber jurídico de obediencia (de desarrollar la actividad laboral conforme a las órdenes recibidas siempre y cuando sean relativas al trabajo contratado)”. MORALES, MA. ASCENCIÓN. *La desformalización interna del contrato de trabajo en México*. en KURCZYN, PATRICIA (COORD.) *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* México: Universidad Autónoma de México, 2003, págs. 47- 53.

<sup>111</sup> Véase: CÓRDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 308-310; MARTÍNEZ, JULIO J. *El trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario*, en DE BUEN, NÉSTOR; MORGADO, EMILIO (COORD.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 340-344.

*“Al tenor del Art. 8º. del Código Laboral para que exista contrato individual de trabajo son requisitos indispensables: 1.- Convenio, es decir: acuerdo, concurrencia de voluntades; 2.- Prestación de servicios lícitos y personales, o sea la actividad, la energía que el subordinado denominado “trabajador” entrega en beneficio del empleador”, dentro del marco jurídico y moral; 3.- Dependencia de aquel respecto de éste dentro de la labor que desarrolla, lo que correlativamente implica mando, orden, regulación e instrucciones del empleador y sometimiento del trabajador, cuya voluntad - para mayor abundamiento - se halla supeditada a la de su patrono; y 4.- Retribución o remuneración convencional, legal, etc., que no es sino la compensación de quien se beneficia con el trabajo de otra persona.”<sup>112</sup>*

Con el mismo criterio se ha dicho:

*“Es consubstancial al juicio de trabajo y, por tanto, presupuesto primario del mismo en la especie la existencia de contrato en los términos definidos por el Art. 8 del Código del Trabajo. Según esta norma, los elementos concurrentes que lo conforman, son: a) Prestación de servicios lícitos y personales, esto es, la entrega de la actividad y energía del trabajador en beneficio de su empleador; b) Relación de dependencia o subordinación de aquél respecto de éste dentro de la actividad que cumple, que se traduce en la facultad reservada al empleador para dar normas, instrucciones u órdenes a los trabajadores dependientes de él y, obviamente la de sometimiento de estos; y, c) La remuneración que recibe el empleado u obrero de su empleador, quien beneficiándose con el trabajo debe retribuirlo conforme al convenio, la Ley o la costumbre. No es, otra cosa que la resultante necesaria entre el aporte del capital y del trabajo en cuanto factores de la producción.”<sup>113</sup>*

Así pues, a partir de los años 80 se fortalece la teoría de que la única dependencia relevante para el Derecho Laboral es la dependencia administrativa o la subordinación;

---

<sup>112</sup> Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 8. Pág. 1640. (Quito, 26 de Febrero de 1980).

<sup>113</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 2972. (Quito, 29 de octubre de 1981).

entendida esta como la facultad jurídica que tiene el empleador de impartir órdenes a sus trabajadores y de exigir su cumplimiento.<sup>114</sup> Existe una gran cantidad de sentencias en el Ecuador, que se dictan en ese sentido.

En consecuencia, pasa a ser la teoría predominante, aquella que considera que el concepto de dependencia es idéntico que el de subordinación, y que ambos suponen una dependencia administrativa, primordialmente.<sup>115</sup>

De esta forma, y si bien durante los años 80 existe tanta jurisprudencia que recoge la teoría amplia de la dependencia, al llegar al final de la década de los 90, prácticamente se consolida la teoría que entiende a la dependencia como una subordinación en todo el sentido de la palabra, al punto de que ni siquiera parecería una teoría jurisprudencial; sino que casi podría asumirse que el propio Código de Trabajo ecuatoriano ha establecido que la única dependencia relevante es la dependencia administrativa<sup>116</sup>. Hecho que de todas formas se ha generado solamente por una interpretación jurisprudencial, sin que aquello tenga un claro sustento si se observa la legislación positiva que –tal como se ha señalado– ni siquiera se refiere al término subordinación, que prolijamente fue rechazado por los legisladores ecuatorianos, los cuales nunca lo utilizaron para definir la relación de trabajo que era protegida por el Derecho Laboral ecuatoriano.

---

<sup>114</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 14. Pág. 3247. (Quito, 22 de abril de 1982); Gaceta Judicial. Año LXXXIX. Serie XV. No. 6. Pág. 1526. (Quito, 29 de junio de 1989); Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2168. (Quito, 24 de marzo de 1997).

<sup>115</sup> "...7. Lo expuesto en líneas anteriores lleva indefectiblemente a determinar que entre el accionante y la demanda existió relación laboral sujeta al Código del Trabajo, cuyos elementos están dados por el Art. 8 del referido cuerpo legal que son: acuerdo de voluntades, prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración fijada por el convenio, la Ley, el Contrato Colectivo o la costumbre. De tales elementos, el más característico es, sin lugar a dudas, la subordinación del trabajador a su empleador". Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4394. (Quito, 22 de marzo de 1999).

<sup>116</sup> "...Los elementos de la relación laboral son: 1. La prestación de servicios lícitos y personales, es decir, el compromiso jurídico que adquiere voluntariamente el trabajador para desempeñar las actividades lícitas pactadas en forma personal, esto es, que tiene que realizarlas él mismo y no por interpuesta persona; 2. La dependencia o subordinación, que constituye el elemento más importante de la relación laboral, y tiene que ver con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que se imponga para la armonía que debe existir en todo vínculo contractual; y, 3. La remuneración percibido por el trabajador. Negada por el empleador la relación laboral corresponde al trabajador probar los tres elementos descritos". Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 209. (Quito, 20 de abril de 1999); Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. Pág. 822. (Quito, 8 de mayo de 2000).

De todas formas –y sin embargo de lo señalado– es la subordinación el concepto que de manera mayoritaria se ha aplicado como el único relevante para determinar la existencia o no de una relación laboral, aun cuando aquello no tiene sustento en la interpretación del Código de Trabajo del Ecuador; sino solamente en la aplicación de doctrina extranjera, tal como se ha analizado.

#### **7.4.3. Consolidación del concepto de subordinación como dependencia jurídica**

A su vez, habiéndose asumido que la dependencia administrativa o subordinación es aquella que resulta más relevante para determinar la existencia de relación de trabajo, el siguiente paso ha sido el denominar a esta dependencia administrativa como jurídica, entendiéndose fundamentalmente como la dependencia que se deriva de las condiciones del trabajo; misma que se establece que no es una dependencia de hecho, sino jurídica, y que ésta es primordialmente administrativa y cuando más, disciplinaria como una derivación de la administrativa; lo que excluye que se utilice cualquier otra dependencia para determinar si una relación laboral configura la existencia o no del elemento de dependencia.

Al respecto de lo señalado la Corte Suprema ha dicho:

*“CUARTO: El artículo 8 del Código del Trabajo determina las características y elementos del contrato laboral. El tratadista Dr. Carlos Vela Monsalve, analiza la definición que contiene la norma señalada, refiriéndose al acuerdo de voluntades, a la ejecución de una obra o prestación de servicios, bajo la dependencia de quien ordena su ejecución, por una retribución, fijada por el convenio, la ley o la costumbre. Para el caso del litigio, no ha sido motivo de discusión el acuerdo de voluntades, pues consta del proceso la existencia de contratos escritos. Tampoco hay duda sobre la prestación de servicios, que no ha sido negado, pues existen elementos de juicio para demostrar la actividad que desarrollaba el accionante para los trabajadores de la Industria Cartonera Ecuatoriana S.A., cumpliendo con lo estipulado en el contrato. La duda ha surgido en torno a la dependencia y al sistema de retribución. El tratadista mencionado se formula una pregunta en torno a la dependencia “¿De qué clase*

*de dependencia se trata? técnico industrial, administrativa y disciplinaria, económica y jurídica? La ley no lo especifica y para averiguarlo debemos inquirir a la luz de la naturaleza misma del contrato”. El tratadista citado hace algunos análisis en torno a sistemas de dependencia “técnica industrial”; administrativa y disciplinaria” y al referirse a “esta última dependencia bien se puede entender dentro del término dependencia jurídica”. Se refiere también - resulta importante este criterio para la Sala - a la afirmación de que la dependencia esencial, la que constituye el elemento básico de este contrato (se refiere al laboral) es la dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o a ejecutar una obra, bajo la subordinación y dirección del empleador, quien en virtud de tal contratación y de la Ley, adquiere el derecho de dar órdenes y dirigir el trabajo, así como de reglamentarlo. Esta dependencia no excluye la económica e incluye la dependencia disciplinaria y administrativa. Mario de la Cueva expone las técnicas de los autores Jacob, Boris y Parlogesi, Sinzheimier y Barasi, quienes esencialmente están de acuerdo en que la subordinación es una relación jurídica de poder, de autoridad en el patrono y de obediencia y sometimiento en el trabajador”. Agrega: “La relación de poder que importa la subordinación ha de ser jurídica, esto es de derecho, para que pueda operar entre hombres libres que se asocian en la tarea de producir la que para realizar se necesita de un derecho de dirección y de un correctivo deber obediencia”. Hay autores que sostienen que la dependencia “debe entenderse en el sentido de subordinación económica” la cual ha sido considerada “que no implica renuncia alguna de la dignidad humana”. Para el presente caso, que ha motivado varias citas, resulta claro que el demandante, según los términos del contrato, mantiene una relación de dependencia jurídica, pues ejecuta su trabajo según órdenes de atención odontológica que emite el Departamento de Relaciones Industriales de la Empresa demandada. Labores que son remuneradas por la clase de atención odontológica que requieren los trabajadores de la Empresa. Hace bien el accionante en citar la norma del artículo 311 del Código del Trabajo, que define lo que es un empleado*

*privado.*”<sup>117</sup>

La jurisprudencia antes transcrita es especialmente importante, puesto que sintetiza la definición más extendida de aquello que se ha considerado como dependencia en el Ecuador, y supone entonces el final en el desarrollo histórico, de su conceptualización.

De la misma se desprende –como criterio básico– que se asume que la dependencia y la subordinación son el mismo concepto, sin que exista ninguna diferencia entre ellos. Luego, se precisa que la dependencia relevante para determinar una relación de trabajo es la dependencia jurídica, entendiendo a la misma como la capacidad de dar órdenes y exigir su cumplimiento; por lo tanto y en líneas generales, la dependencia que se considera que es aquella a la que se refiere el Código de Trabajo, es la dependencia administrativa y disciplinaria. Finalmente, se reconoce que tanto la dependencia técnica, como la económica no son relevantes, ya que se entiende que son primordialmente situaciones de hecho; y no que se desprenden de la naturaleza del contrato de trabajo, por lo que no son una dependencia jurídica, de ahí que se asume que no son principales.

Esta definición de la dependencia desconoce la posibilidad de que existan otras dependencias que excedan la dependencia administrativa o subordinación, aunque las mismas nazcan de la naturaleza del contrato de trabajo. En la práctica entonces, para determinar –en la actualidad– si una relación de trabajo es protegida por el Código Laboral, lo que se analizará a partir de esta doctrina es si existe dependencia administrativa o disciplinaria, a la que actualmente se le denomina dependencia jurídica y a la que se ha asimilado como subordinación; habiéndose perdido el desarrollo autónomo sobre el concepto de dependencia que inicialmente existía en el Ecuador, todo esto al punto de que existe jurisprudencia que expresamente denosta el hecho de que pueda existir otra dependencia que no sea la jurídica o administrativa.

Así, la Corte Suprema ha señalado:

*“No aparece la dependencia o subordinación, que podría orientarse a la económica; pero, como bien apunta Mario de la Cueva “la dependencia*

---

<sup>117</sup> Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4. Pág. 1077. (Quito, 30 de agosto de 2000).

*económica es una simple situación de hecho, más no un elemento esencial de la relación de trabajo”. Entonces, la dependencia debería ser jurídica recordando que “la relación de poder que importa la subordinación ha de ser jurídica, es de derecho, para que pueda operar entre hombres libres que se asocian en la tarea de producir”<sup>118</sup>*

En conclusión, lo que se ha aplicado es la corriente teórica de que la dependencia que tiene que analizarse es la denominada dependencia jurídica que –en el fondo se ha entendido– es una dependencia administrativa o cuando más, disciplinaria; de tal forma que no cabe analizar si se produce algún otro tipo de dependencia. Al efecto, son abrumadoramente mayoritarias las sentencias que recogen esta teoría en la actualidad en el Ecuador<sup>119</sup>.

Este criterio sobre la dependencia jurídica como aquella fundamental para el contrato de trabajo, también es recogido por la mayoría de tratadistas ecuatorianos. Así por ejemplo

---

<sup>118</sup> Expediente 60, Registro Oficial 5, 27 de Abril del 2005; Expediente 94, Registro Oficial 506, 18 de Enero del 2005.

<sup>119</sup> Véase: “...No se ha demostrado que entre actor y demandado hubo subordinación o dependencia de carácter jurídico, esto es, el poder de dirección, o regulación, es decir faltó otro de los requisitos fundamentales que caracteriza el contrato individual de trabajo”. Expediente 293, Registro oficial 292, 26 de Marzo del 2001; “...CUARTO.- A fojas 10 y 13 del proceso, aparecen contratos "para pago de comisiones a vendedores de provincia" y "contrato de trabajo a comisión". No es relevante el título que se otorga al contrato. Lo que interesa y debe probarse es la actividad que desarrolla el trabajador. Por él o, es indispensable que se analicen los sistemas de trabajo del accionante. En efecto, este aparece desarrollando actividades de agente vendedor y cobrador. En amabas, bajo el sistema de comisión. Debe determinarse si el demandante laboraba bajo dependencia del accionando y si su actividad se encontraba encuadrada en la norma del artículo 319 del Código del Trabajo, invocada en el recurso. Varios tratadistas al referirse a la dependencia que marca la relación laboral, interrogan si ésta debe ser técnica industrial, administrativa y disciplinaria, económica y jurídica, pues la ley no lo especifica y para solventar este aspecto hay que recurrir a la naturaleza misma del contrato. Para Mario de la Cueva, quien recoge las teorías de Jacobi, Boris, Pergolesi y Barassi, la dependencia es subordinación, es amia relación jurídica de poder, de autoridad, de sometimiento por parte del trabajador. Si analizamos el caso de la presente litis, se puede apreciar que el accionante si en verdad no tuvo un horario específico, así se determina en el contrato, en cambio, desarrolla las actividades fuera del establecimiento comercial de demandado, pero bajo sus órdenes, recibiendo instrucciones, prestando servicios con una remuneración, que en la especie es una comisión de las ventas y un porcentaje de las cobranzas. Este tipo de dependencia jurídica, según los autores citados no excluye a la dependencia disciplinaria y administrativa, subordinación que en la especie están demostrada. Por estas consideraciones y por las pruebas presentadas, esta Sala estima que la relación laboral entre actor y demandado, se encuentra tipificada en la norma del artículo 319 del Código del Trabajo.” Expediente 338, Registro oficial 294, 28 de Marzo del 2001; Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3610. (Quito, 30 de enero de 2003); Expediente 285, Registro Oficial 461, 15 de Noviembre del 2004; Expediente 307, Registro Oficial Suplemento 46, 20 de Marzo del 2007.

se dice:

*“Entendida la relación de dependencia como una subordinación jurídica del trabajador respecto de su empleador, hay que aclarar que esa dependencia se refiere única y exclusivamente a lo que es materia del contrato, como ser la distribución del trabajo, la responsabilidad sobre el manejo de maquinaria y herramientas, utilización de materia prima, etc.”<sup>120</sup>*

Con un criterio similar, también se ha dicho:

*“Esta dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador puede ser técnico-industrial, económica o jurídica. Por otro lado la que deriva del contrato de trabajo y lo tipifica es la dependencia jurídica, sin desconocer que la económica y la técnico-industrial puedan existir y de hecho existen en muchos casos.*

*En efecto, la subordinación económica y la técnica son situaciones de hecho que, por sí solas, no justifican la facultad del empleador para ordenar y dirigir y la obligación de obedecer y acatar que pesa sobre el trabajador. En cambio, la jurídica, aparte de que es la única que puede nacer de un negocio jurídico, justifica por sí misma la facultad del empleador y la obligación del trabajador<sup>121</sup>.*

*La subordinación técnica tiende constantemente a desaparecer y, tratándose de trabajadores especializados, no sólo existe sino que, cuando el empleador pretendiera ordenar la ejecución del trabajo en contra de la ciencia y de la técnica, con perjuicio el prestigio del trabajador o de terceros, el trabajador puede, legítimamente, desobedecerle.”<sup>122</sup>*

---

<sup>120</sup> CHÁVEZ, NELLY. *Manual de Derecho Laboral para trabajadores sociales*, Quito: Editorial Universitaria, Universidad Central del Ecuador, 1985, págs. 52-53.

<sup>121</sup> SALGADO, FRANCISCO, *El Contrato Individual de Trabajo en la Legislación Ecuatoriana*, Quito: Editorial Universitaria, 1961, pág. 101.

<sup>122</sup> TOFFLER, ALVIN. *El Cambio en el Poder*. 3ª edición, Barcelona: Plaza y Janés, 1995 p.256; Cfr.: TRUJILLO, JULIO CÉSAR, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Quito: Centro de publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, págs. 117-119.



Finalmente y recogiendo lo señalado vale citar el siguiente criterio doctrinal:

*“Hay quienes identifican cuatro tipos de subordinación, a saber: moral, técnica, económica y jurídica. El aspecto moral comprende la obligación del trabajador de respetar a su empleador, aunque resulta obvio que el respeto debe ser mutuo, al punto que su incumplimiento por cualquiera de las partes es causa de terminación de la relación laboral. Sin embargo, como el respeto recíproco entre las partes debe existir en todo contrato, este aspecto no es suficiente para calificar la relación laboral. La subordinación técnica hace referencia al sometimiento del trabajador a las instrucciones del empleador que generalmente mejor conoce la forma de realizar el trabajo; no obstante, si las labores son altamente calificadas podría darse la situación inversa. La subordinación económica se presenta cuando el factor capital prima por sobre el trabajo o en cuanto el trabajador depende económicamente de la remuneración que percibe por el trabajo que ejecuta. Por último, la subordinación jurídica se da como consecuencia de la potestad de mando funcional del empleador frente al trabajador y el consecuente deber de obediencia de éste frente al primero. Como vemos, los tipos de subordinación enunciados no son exclusivos de una relación laboral; así, el caso del hijo respecto a sus padres; el programador que se compromete a implementar un sistema académico bajo las directrices técnicas del departamento de informática; el profesional e libre ejercicio que, en la generalidad de los casos depende económicamente de los honorarios que percibe de su cliente; el mandatario que debe seguir fielmente las órdenes del mandante. La gran mayoría de los tratadistas estiman que la subordinación jurídica es la que efectivamente define el ordenamiento jurídico aplicable a la prestación de servicios, pese a que en ciertos contratos laborales sea muy tenue. Por tanto el régimen jurídico aplicable dependerá de las circunstancias y condiciones en las que se preste el servicio (Thayer y Novoa, 1980, pp. 38-39).”<sup>123</sup>*

---

<sup>123</sup> MONESTEROLO, GRACIELA. *Instituciones de derecho laboral individual: herramientas didácticas*. 2ª edición, volumen I, Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2007, págs. 95-98.

A partir de los criterios doctrinales antes referidos, tiene que concluirse que en el Ecuador se ha considerado tanto a nivel jurisprudencial como mayoritariamente por la doctrina, que la dependencia jurídica es aquella fundamental para el Derecho del Trabajo. Primordialmente, asumiéndose que la misma entraña una dependencia administrativa y disciplinaria, casi calcando los conceptos sobre subordinación y dependencia jurídica, realizados por la doctrina extranjera<sup>124</sup> que no interpreta nuestro ordenamiento, sino otras legislaciones. Así pues, han sido los tratadistas ecuatorianos quienes –sin beneficio de inventario– mayoritariamente han trasvasado las interpretaciones extranjeras al caso ecuatoriano<sup>125</sup>. Esto ha producido que –en la práctica– se asuma que en el Ecuador el elemento del contrato de trabajo sea la subordinación, lo que carece de todo sentido, ya que vale repetir que el Código ecuatoriano ni siquiera se refiere al mismo; aún más, históricamente, se ha evitado hacer referencia al mismo por los legisladores ecuatorianos que siempre fueron afectos de una amplia regulación del Derecho del Trabajo, tal como se ha visto al analizar su desarrollo histórico.

De todas formas y dado que se ha definido a la dependencia fundamentalmente como si se tratara de subordinación, se ha llegado al punto de que incluso se han asumido como propios los problemas que nacen a partir del hecho de que el elemento del contrato de trabajo sea la subordinación.

---

<sup>124</sup> “A pesar de lo restrictivo del criterio, la subordinación se erigió como el criterio fundamental de imputación del ordenamiento laboral. Así las cosas, es menester precisar el marco conceptual de la categoría que serviría de soporte del trabajo protegido con el ordenamiento laboral. La subordinación se define tradicionalmente como la facultad del empleador de dar órdenes, imponer reglamentos, verificar y controlar la labor prestada por el trabajador”; “Es una característica común de todos los derechos de los países europeos la de identificar el trabajo asalariado con el trabajo dependiente. En todas partes, se ha tropezado con la dificultad de encerrar esa idea de una definición suficientemente precisa.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 136.

<sup>125</sup> “...La doctrina, prácticamente en forma unánime, establece que el elemento esencial es la subordinación, la prestación de servicios de forma subordinada. Se habla, según las legislaciones, de dependencia o de subordinación. Pero ¿de qué clase de dependencia se trata? En general se considera de una relación jurídica de poder, como la denomina Mario de la Cueva sustentándolo en la Ley mexicana y en las doctrinas de los tratadistas alemanes Jacobi y Sinzheimer, como también del italiano Barassi. No se trata de una subordinación económica sino jurídica. “la relación de poder o subordinación que se establece entre el trabajador y patrono no es un elemento primario, sino derivado de la naturaleza de la prestación individual, se ve obligado el trabajador a someterse al poder de disposición del patrono” (Jacobi). Se trata según Sinzheimer, que recoge el pensamiento marxista, de un poder de disposición que compete a un tercero. Para Barassi la relación de subordinación crea un estado jurídico y no solo de hecho DE LA CUEVA, MARIO. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 1er Tomo, 2da Edición. Porrúa Hnos., México D. F. 1943, 2do Tomo, Editora Porrúa S.A. 1954.” ROBALINO, ISABEL. *Manual de derecho del trabajo*. 3ª ed., Quito: Fundación Antonio Quevedo, 2006, págs. 154-155.

#### **7.4.4. Consecuencias de la aplicación del concepto de dependencia jurídica como subordinación**

Así por ejemplo, cuando se entiende que el elemento del contrato de trabajo es la subordinación, quedan fuera de la protección del Derecho del Trabajo otras situaciones donde si bien existe dependencia o sometimiento, –dado que no encajan en la definición de dependencia administrativa– aquellas relaciones no serán consideradas como protegidas por el Derecho del Trabajo.

Por ejemplo, en un situación donde se produce una dependencia material, entendida esta como la provisión por parte del empleador de todos los recursos e instrumentos para realizar el servicio –sin los cuales el trabajador no puede cumplir su prestación–, aunque dentro de este caso sí se configura un tipo de dependencia, dado que no es la dependencia administrativa o subordinación, que es la única que se considera relevante para el Derecho de Trabajo esta relación no sería protegida; por lo tanto, una evidente situación de sometimiento por parte de un trabajador no contaría con la protección del Derecho Laboral por el solo hecho de no presentar la existencia de la dependencia administrativa.

En general, el problema de definir como elemento del contrato a la subordinación es que restringe excesivamente las posibilidades en que el Derecho del Trabajo presenta su protección; ya que, en lo fundamental, deja de lado la protección de relaciones laborales que presentan otros tipos de dependencia que no sean la administrativa o, cuando más, la disciplinaria.

En el Ecuador, no existía la necesidad de tener el problema planteado previamente, ya que dado que se definía el elemento del contrato de trabajo como dependencia, bastaba con que haya algún tipo de dependencia propia del contrato de trabajo; solo por este hecho se configuraría la protección aunque no existía la subordinación, que es un elemento innecesariamente restringido.

Así, por ejemplo, si se aplica una teoría amplia de la dependencia, aunque no exista un claro sometimiento a órdenes u horarios, si existe una dependencia material –por ejemplo– aquello bastaría para que se dé la dependencia. De todas formas, lo cierto es que en el Ecuador no progresó esta teoría inicial de la dependencia, sino que al asumirse a la dependencia como si se hablaría de subordinación, incluso se llegó a asumir como

propios los problemas que nacen del hecho de definir como el elemento del contrato de trabajo a la subordinación, como sería el hecho de que no se encuentran protegidas muchas relaciones que si bien generan un sometimiento, este no es aquel que tiene relación exacta con el de la subordinación.

Al respecto de este problema, por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho:

*“La insuficiencia de las categorías civiles de actividad resultado propias del esquema de arrendamiento de servicios, para explicar el contrato de trabajo, no será detectada por parte de la doctrina, sino que será patente para los propios operadores del derecho que rápidamente comenzarán a utilizar como elementos de diferencia a la subordinación jurídica (...). En las etapas posteriores, las teorías civilistas que distinguían la obligación de actividad (contrato de trabajo) de la obligación de resultado (contrato civil) se sustituyeron por el nuevo y realizado elemento laboral de la subordinación o dependencia jurídica, eso sí, sin desconocer que el tronco generador es el contrato civil en cuanto relación entre el que trabaja y el que saca provecho del trabajo. Se ha alcanzado la síntesis del esquema del derecho del trabajo arrancado del terreno civilista (pero que no es el derecho de clase obrera), con el del trabajador dependiente que es una figura neutra del prestador de servicios materiales o intelectuales, se borra la identificación del trabajador que aguanta subcondiciones económicas y sociales. Se ha logrado una operación doctrinaria que ubica a la subordinación o dependencia jurídica en el centro de la legislación laboral para amparar de manera general a todo el que preste servicios con esta condición, ser subordinado o dependiente. Pero, ¿cómo se ha determinado la dependencia o subordinación? Elaborando un abanico de elementos que deben ser cumplidos por el trabajador, llegando inclusive al defecto del concepto si es que falta uno de esos componentes: instrucciones impartidas de manera directa, horario de labor en un lugar determinado, supervisión del trabajo, pero esto responde a una apreciación física de la subordinación, cuando sabemos que en la actualidad intervienen diversas razones que desmerecen las anteriores opiniones y obligan a rebasar tales conceptos, por ejemplo la pérdida de la ubicuidad en el cumplimiento de trabajos cuando se hacen a través de las tecnologías de la*

*información y que por lo tanto devienen en impracticables, así también las modalidades actuales de tercerización o la intermediación que descartan la relación directa trabajador- empresa, conduciendo a una nueva forma de poder del empleador, a quien le interesan los resultados y no las actividades cumplidas. Lo trascendente ahora es señalar de qué manera se da la subordinación en un mundo en que pierde importancia la parte presencial o física y va haciéndose trascendente lo productivo o de resultados. Lo que antes denotaba subordinación ha perdido poder, ya no interesa únicamente la presencia, ahora debe evaluarse la contribución a los resultados, quién es el propietario de la infraestructura, de qué manera el trabajo coadyuva a obtener resultados para el empleador, ante quien además se cumple con el deber informar, la inclusión del trabajador al esquema organizativo del empleador, es decir que se han añadido a aquellos iniciales indicios probatorios otros principios que básicamente denotan cooperación, coordinación para alcanzar resultados óptimos en la producción, apareciendo entonces de manera clara que en la actualidad, lo importante es señalar el cómo se prestan los servicios para definir si hay o no subordinación y dependencia jurídica.”<sup>126</sup>*

No deja de ser sorprendente que se asuma la existencia de un problema jurídico que ni siquiera es aplicable al caso ecuatoriano, solo por el hecho de que se aplica el Derecho ecuatoriano interpretándolo en virtud de doctrina extranjera, no directamente aplicable.

Más aún cuando en los países donde existe el elemento de subordinación la tendencia va en el sentido de ampliar el concepto de subordinación para incluir conceptos que si bien no han sido parte tradicional de la definición, puedan entenderse como suficientes para configurar la subordinación; de tal manera que se pueda proteger a relaciones de trabajo que evidentemente deben contar con la protección del Derecho Laboral.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Expediente 821, Registro Oficial 17, 2 de Septiembre del 2009.

<sup>127</sup> “... Las notas definitorias de lo que se puede resumir como «contrato de trabajo asalariado», como queda dicho son: (...) - Dependencia. Por dependencia o subordinación hay que entender el trabajo bajo

Así pues, la tendencia es ir hacia un concepto amplio de subordinación, que es justamente lo que existía en el Ecuador y que no se debió abandonar jamás porque suponía una solución mucho más adecuada para definir la relación de trabajo a proteger. Ya que el definir al elemento como dependencia permitía que se regulen situaciones que iban más allá de la sola subordinación, pero que sin duda debían ser protegidas por el Derecho del Trabajo.

## 7.5. TEORÍA PROPIA DE LA DEPENDENCIA

Así pues, y si bien existe prácticamente una teoría pacífica sobre aquello que se considera como dependencia en el Ecuador, ante lo extremo del error que encuentro en

---

el poder de organización y dirección de otra persona, quedando excluido el trabajo autónomo como expresamente establece la DF 1ª ET. Pero progresivamente se ha pasado de una concepción rigurosa de la dependencia, en cuanto que su existencia sólo se admitía si se daban ciertos indicios o manifestaciones tradicionales de la misma, a una concepción mucho más flexible –y, como se puede ver, recogida por el propio ET– que la asimila al hecho de trabajar dentro del círculo orgánico, rector y disciplinario» de un empleador o empresario (SSTS 23 octubre 2003, Rec. 677/2003, 17 noviembre 2004, Rec 6006/2003, y 6 octubre 2005, Rec, 2224/2004), como indicios o manifestaciones tradicionales de la dependencia se consideraban el trabajar en locales del empleador, el sometimiento a una jornada completa y un horario regular, exclusividad del trabajo prestado a u único empleador, la sujeción estricta a órdenes e instrucciones del mismo, así como a su control y vigilancia, penalización por el retraso en la incorporación al trabajo, etc. Así se desprende de jurisprudencia referida a muy variados supuestos; SSTS 10 julio 2000, Rec. 4121/1999 (perito tasador); 15 octubre 2001, Rec. 2283/2000 (subgerente de seguros); 9 diciembre 2004, Rec. 5319/20036 (médico responsable de una unidad médica); 10 julio 2007 (Tol 1143966), 7 noviembre 2007 (Tol 1220865), 12 diciembre 2007 (Tol 1229540), 12 febrero 2008 (Tol 1333228), y 7 octubre 2009, Rec. 4169/2008 (odontólogos de clínicas privadas); STS 22 julio 2008 (Tol 1383911) (profesores e enseñanza no reglada). La aludida flexibilización del concepto supone que, aunque no se den esos indicios o manifestaciones tradicionales, no por ello deja de haber dependencia siempre que el trabajo se preste dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, el empresario. Al respeto, abundante jurisprudencia: SSTS 26 febrero 1986 y 19 diciembre 2005, Rec. 5381/2004 (mensajeros); 22 abril 1996, Rec. 2613/1995 (informador comercial); 19 julio 2002, Rec, 2869/2001 (fotógrafo de prensa); 8 octubre 1992 Rec. 2754/1991 (perito tasador de compañía de seguros subordinado); 3 mayo 2005, Rec. 2606/2004 (abogado); 19 noviembre 1992, Rec. 709/1992 (repartidores); 10 abril 1995, Rec. 2060/1994 (guías turísticos); 15 junio 1998, Rec. 2220/1997 (vendedor en quisco); 23 noviembre 2009 (Tol 179084) (arquitecto contratado por ayuntamiento); 19 diciembre 2005, Rec. 5049/2004 (veterinario); 12 junio 2006, Rec. 1173/2005 (subagente de seguros); 20 noviembre 2007 (Tol 1214267) (inspector y organizador comercial de seguros). Y a la inversa, aunque se den ciertos indicios clásicos – máxime, si son aislados– no necesariamente se concluye en la existencia de la dependencia. De este modo, el trabajo puede ser por cuenta propia o autónomo aunque se preste en locales ajenos (STS 25 noviembre 1985, profesora de natación), o con presencia diaria (STS 23 marzo 1995, Rec. 2120/1994, agente de seguros autónomo), o con instrucciones de otra persona (STS 1 marzo 1990, perito tasador de compañía de seguros). Dicho de otro modo, la dependencia admite graduaciones diversas y no debe confundirse con los indicios o manifestaciones de la misma.” ALFONSO, CARLOS; BALLESTER, MARÍA AMPARO; BLASCO, ÁNGEL; CAMPS, LUIS MIGUEL; GARCÍA, JESÚS; GOERLICH, JOSÉ MARÍA; LÓPEZ, JUAN; RAMÍREZ, JUAN MANUEL; ROQUETA, REMEDIOS; SALA, TOMÁS. *Derecho del Trabajo*. 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 101-103.

su interpretación, no puedo dejar de precisar cuáles son esos yerros. Para, además, intentar construir una teoría propia sobre el significado de la dependencia en base a la interpretación del Código ecuatoriano, sin aplicar teorías o doctrinas extranjeras, que –si bien pueden ser aplicables en otros contextos– no se adaptan exactamente al caso ecuatoriano.

### **7.5.1. Error fundamental en la definición de subordinación jurídica como sinónimo de dependencia**

En este punto, lo primero que cabe precisar, es que nada –dentro del Código de Trabajo ecuatoriano– permite determinar que el término dependencia sea sinónimo del de subordinación.

El legislador ecuatoriano utilizó el término dependencia como elemento del contrato de trabajo y por lo tanto, sólo éste debe utilizarse como elemento del mismo, sin que existan referencias a otros términos.

### **7.5.2. La dependencia y sus diversos tipos**

Luego, al hablar de dependencia, entendida como el sometimiento que existe entre una persona con relación a otra a la que presta sus servicios, es evidente que puede existir una infinidad de posibles dependencias o sometimientos<sup>128</sup>, en los que una persona

---

<sup>128</sup> “De raíz económica: Este planteamiento manifiesta que la dependencia tiene una raíz eminentemente económica, es decir, propone que el trabajador depende del patrono porque este es quien tiene en sus manos el poder económico para someter al trabajador bajo sus órdenes y servicio. (...) De raíz técnica: Es este planteamiento uno de los que en el mundo contemporáneo más rápidamente ha dejado de ser una raíz importante para la dependencia, por cuanto las condiciones socio-económicas-políticas del mercado de trabajo han variado fundamentalmente. En estos instantes, toda unidad de producción busca como trabajadores suyos a elementos capacitados técnicamente para la labor o función que los necesita. Gerentes, contadores, operadores mecánicos, obreros técnicos o tecnificados, etc., son requeridos en la actualidad no para enseñarles o capacitarles en el trabajo que deben realizar sino para que apliquen la capacitación previa, que se les exige, como requisito previo para confiarles el desempeño de un rol laboral. (...) De raíz Jerárquica: En el mundo jurídico laboral ecuatoriano, uno de los criterios más acertados, respecto de la raíz misma de la dependencia, es este que vamos a estudiar en el presente título (...). En el Ecuador, el patrono o empleador es, en última instancia, el capital y quienes se encuentran obligados a cumplir con

podría prestar sus servicios a otra. Tan es así, que cuando se analizan diferentes autores, se puede encontrar casi tantas clasificaciones sobre tipos de dependencia como autores se estudien. En general, pues, los tratadistas casi no concuerdan en los tipos de dependencia.

Evidentemente, esta situación es previsible, ya que hablando de dependencia –al ser cualquier tipo de sometimiento– se encontrarán tantas dependencias o tipos de la misma como casos se analicen; por lo que la posible casuística en general es casi ilimitada.

De esta, forma nada permite observar que el Código de Trabajo en el Ecuador haya pretendido determinar que sólo la dependencia administrativa o la subordinación será

---

las obligaciones del capital son las personas naturales o jurídicas que son dueñas de él. El hecho planteado tiene gran importancia (...) pues, en última instancia, en nuestro medio jurídico el trabajo y las personas que lo desarrollan siempre se encuentran en relación de dependencia del capital y de las personas que tienen la propiedad de él. Y esto acontece así por una circunstancia muy fácil de plantear y sencilla de comprender: el dueño de la empresa es, en definitiva, siempre, en el ambiente empresarial nacional, el sujeto que ostenta la más alta jerarquía de decisión sobre lo que la empresa es y debe realizar. Por tanto, en relación de dependencia siempre estarán todas aquellas personas que presten sus servicios a órdenes del capital o de los dueños del capital. De raíz Jurídica: Intencionadamente hemos dejado en último lugar el estudio de esta raíz de la dependencia porque consideramos que el ser mismo de esta institución del Derecho Laboral vive y existe porque tiene, fundamentalmente, una base jurídica de sustentación; y, además, porque siendo como es ella de importante en su estudio hemos querido dedicarle una especial atención. No hay que olvidar que nuestra Corte Suprema de Justicia, en una de sus salas, esa importancia le da (...). Efectivamente, si buscamos la raíz más auténtica con que cuenta la dependencia laboral, nos encontramos (...) con la novedad de que es la raíz jurídica el más fuerte sostén con que la Dependencia ese sustenta para mantenerse viva e inalterable ante la realidad. En última instancia, nadie puede negar una circunstancia: solo por razones de carácter jurídico un empleador tiene la capacidad y facultad de ordenar a un trabajador que labora bajo sus órdenes la ejecución de un trabajo determinado en las condiciones y circunstancias que la Ley lo permite. Si no existiría esta capacidad jurídica anotada, no habría tampoco, jamás, la relación de dependencia que permitiera realizarla. (...) De raíz social: Uno de los elementos que ha sido causa fundamental para la existencia de nuestro actual Derecho Laboral, en la forma como consta y con las características que en él se encuentran presentes, es nada más ni nada menos que la organización del sistema socio-económico-político-jurídico sobre el que gira la vida de nuestro grupo social. Probablemente, si nuestro sistema no tuviera las características que actualmente le identifican, muchas de las instituciones jurídicas, con que actualmente cuenta, no pudieran tener vigencia. La estructuración social y la organización socio económica presentes dentro del sistema vigente en Ecuador son elementos determinantes en el origen y actual imperio de todas las vigentes instituciones existentes entre nosotros. Nuestro Derecho Laboral es uno que regula las relaciones entre los trabajadores y los dueños de las empresas de producción. Quiere decir, lo manifestado, que nuestro Derecho Laboral, existe, fundamentalmente porque rige en nuestra organización socio económica el régimen de propiedad privada de los bienes de producción. Siendo esta una raíz de sustentación de nuestro Derecho Laboral es fácil comprender en qué medida este mismo hecho se proyecta hacia todas las instituciones imperantes dentro de esa rama de nuestro Derecho, y de manera especial hacia esta que estamos estudiando: La Dependencia". NAZATI, IVÁN L. *Gerente: trabajador o mandatario en el derecho Ecuatoriano*, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1980, págs. 168-185.



la relevante para determinar la existencia del elemento dependencia; lo cual es menos sostenible si se considera la gran variedad de tipos de la misma que pueden existir.

### **7.5.3. Dependencia relevante de acuerdo al Código de Trabajo de Ecuador**

Por lo tanto, corresponde buscar cuál es la dependencia relevante dentro del Derecho del Trabajo en el Ecuador. Así y en primer término, podría entenderse que siempre que exista algún tipo de dependencia, podría configurarse este elemento del contrato de trabajo, y no solamente cuando se da la dependencia administrativa. De todas formas, una definición tan extensa no resulta jurídicamente razonable, ya que debido a que la dependencia puede darse en formas tan variadas, casi cualquier relación podría generar alguno de sus tipos, y por ende, exigir la protección propia del Derecho del Trabajo.

Así pues, si bien el Código de Trabajo se refiere en términos generales a la dependencia como elemento –sin precisar ningún tipo– no podría considerarse que se configura este elemento si existe una dependencia antijurídica, por ejemplo como podría ser una dependencia forzosa; misma que por ilícita no sería suficiente para configurar el elemento de dependencia.

Así mismo, no podría considerarse como dependencia que configura la existencia del contrato de trabajo, ninguna de aquellas que no tienen que ver con la naturaleza del mismo. Así, por ejemplo una dependencia moral o afectiva no configuraría en ningún caso el sometimiento requerido para que se cumpla con el elemento de dependencia propio del contrato de trabajo, puesto que nada tiene que ver con el objeto del contrato de trabajo el hecho de que una persona se encuentre emocionalmente sometida a otra.

Por lo tanto, si bien el concepto de dependencia se define en general, tendrá que considerarse que la dependencia que debe observarse para que se configure el contrato de trabajo es una dependencia que nazca de la naturaleza del contrato de trabajo, es decir que se genere a partir de las obligaciones propias del contrato.

#### **7.5.4. Nueva definición de la dependencia jurídica**

De esta forma, entonces, coincido en que la dependencia a la que se tiene que hacer relación es una dependencia jurídica y no cualquier otro sometimiento que no tenga que ver con la naturaleza u obligaciones del contrato de trabajo. Sin embargo, no coincido con la elaboración del concepto que se ha hecho sobre la dependencia jurídica en la actualidad, por lo que corresponde realizar una nueva definición de la misma.

Así, la dependencia jurídica a la que me refiero, no es solo la dependencia administrativa-disciplinaria o subordinación, que es como se ha entendido ordinariamente en el Ecuador, sin argumentar mayores razones que la doctrina internacional para llegar a tal conclusión.

Precisamente –a diferencia de lo dicho por la doctrina ecuatoriana– considero que la dependencia jurídica en el Ecuador tendría que tener relación con las obligaciones y condiciones propias del contrato de trabajo; así pues, si en el contrato se entiende que debe existir dependencia económica, solo porque se configure este hecho, tiene que asumirse que existe dependencia y, a su vez, aquella dependencia tendrá que asumirse como jurídica ya que se encuentra prevista dentro de la normativa aplicable al contrato de trabajo.

De esta forma y para definir qué tipos de dependencia son jurídicas y determinan la existencia de un contrato de trabajo, hay que observar la naturaleza del contrato de trabajo en el Ecuador, a partir de las obligaciones o prohibiciones que se desprenden del mismo, para que se determine cuáles son los tipos de sometimientos en virtud de los que el legislador consideró que era pertinente la protección del Derecho del Trabajo, los cuales constituyen la existencia de una dependencia jurídica. En tal virtud, procedo a detallar algunos tipos de dependencia que tendrán que entenderse como dependencia jurídica, así como también un ejemplo de un tipo de dependencia que no puede considerarse como jurídica ya que no nace de las obligaciones propias del contrato de trabajo en el Ecuador.

#### 7.5.4.1. Dependencia administrativa

Para definir lo que debe considerarse por dependencia administrativa, me referiré al concepto que clásicamente se ha dado a la dependencia jurídica, que es el más cercano a lo que se considera aquí como dependencia administrativa. Así pues, se ha dicho que la:

*“...«dependencia jurídica» se refiere al modo de ejecución del trabajo con sometimiento a órdenes o criterios organizativos de otra persona.”<sup>129</sup>*

Por lo tanto, la dependencia administrativa tendrá que entenderse como el sometimiento jurídicamente garantizado por el contrato de trabajo, en virtud del cual, el trabajador debe cumplir las órdenes del empleador sobre la forma, tiempo y lugar de ejecución del servicio.

Esta situación se encuentra avalada dentro del Código de Trabajo, que dice en su artículo 45 literal a):

*“Art. 45.- Obligaciones del trabajador.- Son obligaciones del trabajador: a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;”*

Por lo tanto, es parte de la naturaleza del contrato de trabajo en el Ecuador, el sometimiento del trabajador a las órdenes, horarios, y forma de realizar el servicio; lo que quiere decir que una de las dependencias que se encuentran reconocidas jurídicamente, es la dependencia administrativa.

En consecuencia, la dependencia administrativa es un tipo de dependencia jurídica y ante la existencia de la misma, tendrá que entenderse que existe el elemento de dependencia. Así pues, si además de esta situación, se configuran los otros elementos esenciales estaremos ante un contrato de trabajo.

De cualquier forma, no solo la dependencia administrativa es aquella que genera que se cumpla el elemento de dependencia en el Ecuador, existen otros tipos de dependencia

---

<sup>129</sup> MARTÍN, ANTONIO; RODRÍGUEZ SAÑUDO, FERMÍN.; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Madrid: Tecnos, 2012, pág:54.

jurídica que se encuentran plenamente reconocidos y que se pueden encasillar dentro del elemento de dependencia, ya que en el Ecuador –dado que no es elemento la subordinación– no existe el límite de que la única dependencia puede ser la del sometimiento a la organización del empleador o lo que clásicamente se ha denominado como dependencia jurídica.

#### **7.5.4.2. Dependencia disciplinaria**

Para fines de este trabajo, se entenderá que existe dependencia jurídica cuando el trabajador se encuentra sometido al control disciplinario del empleador, quien podrá imponer las sanciones previstas dentro de las normas debidamente aprobadas unilateralmente.

Esta facultad se encuentra garantizada dentro del Código de Trabajo en su artículo 44, literales a) y b), que dice:

*“Art. 44.- Prohibiciones al empleador.- Prohíbese al empleador: a) Imponer multas que no se hallaren previstas en el respectivo reglamento interno, legalmente aprobado; b) Retener más del diez por ciento (10%) de la remuneración por concepto de multas;”*

Esta obligación –leída a contrario sensu– implica la posibilidad de que el empleador imponga multas al trabajador cuando viole las normas del Reglamento Interno de Trabajo, por lo tanto estamos ante un sometimiento disciplinario; de ahí que la dependencia jurídica también supone una dependencia disciplinaria, por lo que, sólo por el hecho de que se dé este tipo de dependencia, podría considerarse que existe el elemento de dependencia, aunque –por ejemplo– no exista dependencia administrativa. De esta forma, entonces, vemos que el Código de Trabajo en el Ecuador, puede incluir situaciones que exceden la mera subordinación, por lo que, sin duda, presenta una solución distinta que aquellas legislaciones que se remiten solamente –como elemento– a la subordinación.

A nivel internacional, se ha entendido a la dependencia disciplinaria como una consecuencia de la dependencia administrativa o de aquello que se ha denominado como

subordinación o dependencia jurídica, así pues se ha dicho:

*“Es acertada así la referencia de Bueno Magano, al decir que la subordinación constituye el poder de dirección visto desde el lado del trabajador. Ese poder [agrega] se desdobra en poder directivo (propriadamente dicho), vinculado a la facultad de dar órdenes; en poder de fiscalización, que comprende la facultad de supervisar las tareas de los trabajadores, para verificar si las cumplen conforme a las órdenes, y en un poder disciplinario que lo faculta para sancionar al trabajador que no se somete al poder directivo.”*<sup>130</sup>

Es claro, encontrar que se ha intentado esta interpretación para expandir en algo el ya muy restringido concepto de subordinación, de tal manera que por lo menos se pueda considerar que el mismo se configura si existe un control disciplinario.

De todas formas, no encuentro que sea necesaria esta interpretación para la creación de una teoría propia de la dependencia jurídica en el Ecuador. Así pues, la dependencia disciplinaria se encuentra establecida de manera independiente a la dependencia administrativa, por lo que nada exige que se las unifique, tanto más cuando al ser el elemento –en el Ecuador– la dependencia; con que exista cualquiera de las dos –que son dependencias jurídicas– se configuraría el elemento en discusión, sin que sea necesario realizar ejercicios de contorsionismo jurídico para adaptar un criterio al otro en el caso ecuatoriano.

Es más, resulta práctico que se manejen independientemente ambos conceptos puesto que bien podría existir dependencia disciplinaria cuando no existe dependencia administrativa, o viceversa. De cualquier forma, el solo hecho de que se produzca cualquiera de ellas provocará que se genere la dependencia jurídica, debido a que ambos

---

<sup>130</sup> MARTÍNEZ, JULIO J. *El trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 340-344; En igual sentido, y sobre el mismo tema se ha señalado: “A titolo esemplificativo il Supremo collegio ha avuto modo di affermare che: «Quando la distinzione tra rapporto di lavoro e subordinato non risulti agevole alla luce di criteri univoci come l’esercizio di potere direttivo e disciplinare da parte del datore di lavoro (la cui esistenza è sicuro indice di subordinazione, mentre la relativa assenza non è sicuro indice di autonomia)»” ROTONDI, FRANCESCO. *Corso di diritto del lavoro*. 2° edición, Padua: CEDAM, 2006, págs. 8-11.

tipos de dependencia se desprenden de las obligaciones propias del contrato de trabajo.

#### ***7.5.4.3. Dependencia material***

Además de las dependencias analizadas, dentro del Código de Trabajo ecuatoriano podríamos encontrar una dependencia material, definida ésta como el sometimiento por el cual el trabajador necesita del empleador para ejecutar su servicio debido a que es el empleador quien está obligado a proveer de todos los recursos para el cumplimiento de la prestación habida por el trabajador.

Este tipo de dependencia, se encuentra plenamente garantizada por la normativa laboral en el Ecuador; al respecto, el Código de Trabajo en su artículo 42 numeral 8, manifiesta:

*“Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador: (...) 8. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado.”*

Correlativamente con lo dicho, se señala en el artículo 45 literal b) del Código de Trabajo:

*“Art. 45.- Obligaciones del trabajador.- Son obligaciones del trabajador: (...) b) Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo, no siendo responsable por el deterioro que origine el uso normal de esos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, ni del proveniente de mala calidad o defectuosa construcción.”*

Por lo tanto, es parte de la naturaleza del contrato de trabajo que exista una necesidad del trabajador de recibir los recursos necesarios –por parte del empleador– para realizar su labor; por lo que se reconoce la existencia de una dependencia material, misma que es un tipo de dependencia jurídica, ya que su existencia se desprende de las propias obligaciones que genera el contrato de trabajo.

En esta virtud, y si se genera la dependencia material, tendrá que asumirse que existe

el elemento de dependencia, aunque por ejemplo, no exista dependencia administrativa, ya que cualquier tipo de dependencia es suficiente para que se configure el mencionado elemento. Esto es viable puesto que el elemento en el Ecuador, es la sola dependencia en cualquiera de sus formas jurídicamente recogidas. Tal como se vio, esta idea fue ampliamente reconocida durante algunas décadas en el Ecuador hasta que se comenzó a aplicar sin ningún tamiz la doctrina extranjera, que restringió el concepto de dependencia a la subordinación. Más, de la lectura e interpretación del Código de Trabajo, es claro que existe la intención de asumir este tipo de dependencia como una dependencia jurídicamente reconocida.

#### ***7.5.4.4. Dependencia comercial***

Otra dependencia que se reconoce dentro del Código de Trabajo en el Ecuador es la dependencia comercial, misma que implica que el trabajador se encuentra impedido de competir con el empleador, por lo que no puede acceder al mercado directamente para la provisión de su servicio; razón por la cual se encuentra sometido comercialmente al empleador.

Esta dependencia, se encuentra reconocida en el artículo 46 literal g) del Código de Trabajo, que dice:

*“Art. 46.- Prohibiciones al trabajador.- Es prohibido al trabajador: (...) g) Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa.”*

Así pues, y dada la naturaleza del contrato de trabajo, el trabajador se genera esta dependencia, que por lo mismo no es una situación de hecho; sino el resultado de las obligaciones y prohibiciones que nacen del contrato de trabajo en el Ecuador, por lo que es una situación de *iure*. Así pues, la dependencia comercial es un tipo de dependencia jurídica.

Este concepto ha sido reconocido de manera similar por la doctrina internacional. Al efecto se ha elaborado en España, la teoría de la ajenidad en el acceso al mercado, que

establece que se configura el elemento de ajenidad en el contrato dado que el trabajador se encuentra impedido de acceder directamente al mercado para ofrecer los productos que genera, por lo que los cede al empleador<sup>131</sup>. Al respecto puede notarse el interesante enfoque que se hace del tema en cuanto se busca encasillar esta situación dentro del elemento de ajenidad, justamente porque aquel es un elemento esencial del contrato de trabajo en España, de tal forma que se adapta la teoría a la legislación que interpreta.

En esa misma línea de pensamiento y dado que no se considera que sea un elemento del contrato de trabajo en el Ecuador la ajenidad, sino la dependencia; el hecho de que el trabajador no pueda competir con su empleador, más que adaptar al concepto de ajenidad se centra en el elemento de dependencia que es aquel que permite explicar este tipo de sometimientos en el Derecho ecuatoriano. De todas formas, la idea resulta similar, aunque no exactamente igual ya que en el caso español la teoría establece que el trabajador no puede –en ningún caso– acceder al mercado, mientras que en la dependencia comercial, lo único que supondría es el sometimiento en cuanto el trabajador no puede acceder al mercado para competir con su empleador, lo que no le impide el acceso en absoluto.

De esta forma, entonces, puede concluirse que la dependencia comercial, toda vez que se encuentra garantizada por las obligaciones que se desprenden del contrato de trabajo en el Ecuador, también es un tipo de dependencia jurídica.

#### ***7.5.4.5. Dependencia económica***

Probablemente uno de los elementos que genera más dudas en cuanto a determinar si el mismo supone la existencia del elemento de dependencia o no, es el de la dependencia económica.

Al respecto, corresponde observar si es parte de la naturaleza jurídica del contrato de

---

<sup>131</sup> ALARCÓN, MANUEL. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n° 28, págs. 495-544.



trabajo en el Ecuador, la existencia de dependencia económica o no; entendiendo a la dependencia económica como el evento por el cual el trabajador se encuentra sometido al empleador, toda vez que sus ingresos provienen solamente del empleador.

En relación al tema, no se encuentra directamente que el Código de Trabajo –en un inicio– haya entendido que el trabajador deberá obtener sus ingresos solamente del empleador. De todas formas, progresivos cambios en el Código de Trabajo y en general en el Derecho de Trabajo ecuatoriano, hacen entender que es parte de la naturaleza del contrato de trabajo que exista una dependencia económica, toda vez que se entiende que el único ingreso que percibe trabajador es del empleador, razón por la que se crean claros mecanismos de compensación que aseguren al trabajador ese único ingreso que suplirá las necesidades primordiales que se le presenten. Por lo que la norma entiende que existe una relación de dependencia económica, misma que entonces es un tipo de dependencia jurídica.

Al efecto, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 328 dice en su parte pertinente:

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

En relación con este tema, se ha reconocido la obligación de que se pague un salario digno dentro los artículos 81<sup>132</sup> y 95<sup>133</sup> del Código de Trabajo.

---

<sup>132</sup> “Art. 81.- Estipulación de sueldos y salarios.- Los sueldos y salarios se estipularán libremente, pero en ningún caso podrán ser inferiores a los mínimos legales, de conformidad con lo prescrito en el artículo 117 de este Código. Se entiende por Salario Básico la retribución económica mínima que debe recibir una persona por su trabajo de parte de su empleador, el cual forma parte de la remuneración y no incluye aquellos ingresos en dinero, especie o en servicio, que perciba por razón de trabajos extraordinarios y suplementarios, comisiones, participación en beneficios, los fondos de reserva, el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, las remuneraciones adicionales, ni ninguna otra retribución que tenga carácter normal o convencional y todos aquellos que determine la Ley. El monto del salario básico será determinado por el Consejo Nacional de Salarios CONADES, o por el Ministerio de Relaciones Laborales en caso de no existir acuerdo en el referido Consejo. La revisión anual del salario básico se realizará con carácter progresivo hasta alcanzar el salario digno de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución de la República y en el presente Código.” CÓDIGO DEL TRABAJO ECUADOR.

<sup>133</sup> “Art. 95.- Sueldo o salario y retribución accesorio.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en

Sin embargo, éstas obligaciones no son solo retóricas, como sucede en muchos casos donde se establecen este tipo de garantías; sino que por el contrario, se crea un mecanismo para asegurar este ingreso al trabajador, entendiendo que el contrato de trabajo implica que el trabajador percibe sus ingresos de una única fuente, así es que se pretende garantizar que esos ingresos sean suficientes.

Al respecto, el Código de la Producción define al Salario digno como:

*“Art. 8.- Salario Digno.- El salario digno mensual es el que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar. El costo de la canasta básica familiar y el número de perceptores del hogar serán determinados por el organismo rector de las estadísticas y censos nacionales oficiales del país, de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno establecido por el Ministerio de Relaciones laborales.”*

Relacionado con eso, para asegurar al trabajador que su única fuente de ingresos le proveerá para todas sus necesidades básicas, se crea un mecanismo específico de compensación económica<sup>134</sup>. Por lo tanto, la norma supone que el trabajador depende

---

servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio. Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social.” CÓDIGO DEL TRABAJO ECUADOR.

<sup>134</sup> “Art. 10.- Compensación económica para el Salario Digno.- A partir del ejercicio fiscal 2011, los empleadores señalados en el inciso siguiente, que no hubieren pagado a todos sus trabajadores un monto igual o superior al salario digno mensual, deberán calcular una compensación económica obligatoria adicional que será pagada como aporte para alcanzar el Salario Digno, únicamente a favor de aquellos trabajadores que durante el año hubieran percibido un salario inferior al señalado en el artículo nueve. La Compensación económica señalada en el inciso anterior, será obligatoria para aquellos empleadores que: a. Sean Sociedades o Personas Naturales obligadas a llevar contabilidad; b. Al final del período fiscal tuvieran utilidades del ejercicio; y, c. En el ejercicio fiscal, hayan pagado un anticipo al impuesto a la Renta inferior a la utilidad. La Compensación Económica se liquidará hasta el 31 de diciembre del ejercicio fiscal correspondiente y se podrá distribuir hasta el mes de marzo del año siguiente, por una vez al año, entre los trabajadores que no hubieran recibido el salario digno en el ejercicio fiscal anterior. Para el pago de la Compensación Económica, el empleador deberá destinar un porcentaje equivalente de hasta el 100% de las utilidades del ejercicio, de ser necesario. En caso de que el valor descrito en el inciso anterior no cubra la totalidad del salario digno de todos los trabajadores

económicamente del empleador y como resultado, siempre que exista dependencia económica podrá entenderse que se ha configurado la dependencia jurídica, ya que el contrato de trabajo prevé –a partir de su naturaleza jurídica– esta situación.

Al respecto, el principal argumento que se ha utilizado para señalar al concepto de la dependencia económica como insuficiente para configurar la dependencia jurídica, es que el mismo impondría al trabajador la obligación de probar, adicionalmente a la existencia de una subordinación, el hecho de que depende económicamente de los ingresos que percibe por su trabajo, ya que se entiende que habrían personas que quedarían desprotegidas, porque aunque se configure el elemento de subordinación, por no existir el elemento de dependencia económica, se dejaría de aplicar en su favor la protección del Derecho Laboral.<sup>135</sup>

En relación con lo dicho, debo señalar que la interpretación antes mencionada, entiende que si existen varias dependencias, el trabajador –para que sea protegido– debe demostrar que todas se producen, hecho que considero carece de fundamento, ya que no hay razón para que se imponga esta onerosa carga probatoria, puesto que el contrato de trabajo no establece nada sobre la definición de dependencia, y dado que es la intención del Derecho del Trabajo proteger al trabajador sometido por esta situación, incluso, si se asume que existe duda en aplicación del principio *in dubio pro operario* –de aplicación hermenéutica<sup>136</sup> en el Ecuador–, en cualquier caso podrá concluirse que se configura la relación de dependencia no por que se cumplan todos los

---

con derecho a la Compensación Económica, esta se repartirá entre dichos trabajadores, de manera proporcional a la diferencia existente entre los componentes para el cálculo del salario digno y el salario digno señalado en el artículo 8 de este Código. Esta Compensación económica es adicional, no será parte integrante de la remuneración y no constituye ingreso gravable para el régimen de seguro social, ni para el impuesto a la renta del trabajador, y será de carácter estrictamente temporal hasta alcanzar el salario digno.” CÓDIGO DEL TRABAJO ECUADOR

<sup>135</sup> “...Aunque hay todavía quienes piensan que la dependencia de que hablan las leyes es la de tipo económico, éste parece ser al presente un punto de vista obsoleto y prejurídico, que dejaría algunas situaciones fuera de la protección legal y haría, en cambio, entrar en ella otras que no son genuinamente laborales”. CORDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN, NÉSTOR (COORD.); MORGADO, EMILIO (COORD.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 308-310.

<sup>136</sup> “Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.” CÓDIGO DEL TRABAJO ECUADOR.

tipos de dependencia, sino que basta con que se cumpla uno de los tipos de dependencia jurídica para que se entienda completo este elemento.

Contrario a lo dicho, lo que se propone con esta interpretación es que el trabajador no solo pueda ser protegido cuando exista subordinación o dependencia administrativa, sino también en caso de que se produzca cualquiera de los otros tipos de dependencia que se desprenden de la naturaleza del contrato, bastando que se configure cualquiera de ellos más los otros elementos del contrato de trabajo, para que sea pertinente la protección prevista por las leyes laborales.

Así pues, el hecho de que se proteja la dependencia económica como un tipo de dependencia jurídica –puesto que así lo asume la normativa–, lejos de restringir la protección del trabajador, le brindaría otra posible situación de sometimiento en la que puede encasillar su situación para buscar protección.

A su vez, bien cabe precisar que esta solución, así como cualquier otra de aquellas que entienda que la dependencia se configura siempre que exista alguna dependencia jurídica, conforme se desprende de la naturaleza jurídica del contrato; solo es aplicable en la medida en que el elemento del contrato de trabajo sea expresamente la dependencia, ya que si el elemento es la subordinación, nos encontramos por ese hecho, limitados a observar que solo se produzca la dependencia administrativa o cuando más, disciplinaria ya que la existencia de cualquier otro tipo de dependencia –aunque se desprenda de la propia naturaleza del contrato– como es la dependencia económica, excedería el contenido del elemento de subordinación y por ende no se cumpliría el mismo, de tal manera que no existiría relación de dependencia.

Eso es lo que permite que en algunos ordenamientos, aunque exista dependencia económica, ni siquiera se discuta si ese configura el elemento del contrato de trabajo<sup>137</sup>,

---

<sup>137</sup> “...Particular interés en la LETA reviste el reconocimiento y la regulación de la figura del «trabajador autónomo económicamente dependiente» (en adelante TRADE), al que se define como aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica (cliente), del que depende económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales (art. 11).” ALFONSO, CARLOS; BALLESTER, MARÍA AMPARO; BLASCO, ÁNGEL; CAMPS, LUIS MIGUEL; GARCÍA, JESÚS; GOERLICH, JOSÉ MARÍA; LÓPEZ, JUAN; RAMÍREZ, JUAN MANUEL; ROQUETA,

ya que el elemento es la subordinación, misma que excluye cualquier dependencia que no sea administrativa o disciplinaria; lo que provoca que la dependencia económica – aunque sea una situación de sometimiento que requiere de una protección– no se encuentre protegida por el Derecho del Trabajo toda vez que no es posible que se encasille dentro del elemento de subordinación.

En todo caso, y en virtud, especialmente de la normativa laboral más actualizada, se puede concluir que sí se desprende de la naturaleza del contrato de trabajo en el Ecuador, que la dependencia económica es un tipo de dependencia jurídica, y por lo tanto su acaecimiento generaría la existencia del elemento de dependencia. Sin que tampoco, sea pertinente la alegación que se ha hecho en cuanto a afirmar que la dependencia económica no es dependencia jurídica porque solamente supone una situación de hecho<sup>138</sup>, ya que como se ha detallado, la existencia de dependencia económica tiene pleno sustento legal, por lo que en consecuencia, en el Ecuador la dependencia económica es un tipo de dependencia jurídica.

#### **7.5.4.6. Dependencia técnica**

Por dependencia técnica, se debe entender la situación por la cual el trabajador se encuentra sometido al empleador, en virtud de que este último cuenta con superiores conocimientos sobre la labor que el prestador realiza, lo cual le permite dirigir la actividad del trabajador<sup>139</sup>.

---

REMEDIOS; SALA, TOMÁS. *Derecho del Trabajo*. 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 107-108.

<sup>138</sup> “...En efecto, la subordinación económica y la técnica son situaciones de hecho que, por si solas, no justifican la facultad del empleador para ordenar y dirigir y la obligación de obedecer y acatar que pesa sobre el trabajador. En cambio, la jurídica, aparte de que es la única que puede nacer de un negocio jurídico, justifica por sí misma la facultad del empleador y la obligación del trabajador.” TRUJILLO, JULIO CÉSAR, *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Quito: Centro de publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, págs. 117-119.

<sup>134</sup> “La subordinación técnica surgió como una de las formas más simples de encarar este fenómeno: aparecería siempre que el trabajador ejecutara sus tareas en el mismo local del empleador y bajo su vigilancia inmediata y permanente. Se la llama subordinación técnica porque se supone la dirección efectiva de las tareas por el empleador que no sólo sabe desempeñarlas, sino que indica como deben cumplirse, controla su ejecución, lo corrige o ayuda en caso necesario, controla los resultados, etc. Esta

Al respecto de esta dependencia, no son pocos los casos en el Ecuador que hablan de la misma como suficiente para configurar la existencia del elemento de dependencia – según se ha detallado previamente–; de tal forma que es importante hacer una mención a la misma, y especialmente determinar si ella genera una dependencia jurídica o no.

Al efecto, en la actualidad no se considera que la dependencia técnica configure la existencia del elemento de dependencia en el Ecuador; particularmente porque la dependencia técnica no entra dentro del contenido de la subordinación, así lo ha considerado la jurisprudencia ecuatoriana<sup>140</sup>.

Al respecto, si bien coincido en que la dependencia técnica no configura el elemento de dependencia, no concuerdo en los argumentos que se vierten para llegar a tal conclusión, ya que dado que no es un elemento del contrato de trabajo la subordinación no tiene sentido que se rechace a la dependencia técnica como relevante para determinar el elemento de dependencia a partir de que no se configura la subordinación ya que, como se ha visto, no es lo mismo subordinación que dependencia, así como también, debido a

---

concepción parte de la base de que el empleador está capacitado técnicamente para ejecutar las tareas que ha delegado en el empleado y que ha vigilado efectivamente la labor realizada. Fue la concepción primitiva de la jurisprudencia francesa en la primera época de la aplicación de la ley de accidentes de trabajo de 1898 y luego fue respaldada doctrinariamente por quien se iba a convertir en un distinguido técnico de la OIT.: (E. HERZ, “Le contrat du Travail. Revue International du Travail, 1935, Vol. XXXI, pág. 898, Marthins Catharino hace notar que en un artículo aparecido veinte años después en la misma Revista Internacional del Trabajo, no se alude a este rasgo (Vol. XLIX, No. 4, abril de 1954, pág. 323). (Compendio Universitario de Direito do Trabalho, T. I, pág. 244).” PLÁ, AMÉRICO. *Curso de Derecho Laboral, contratos de trabajo*, Tomo II, Vol. I, Acali Editorial, Montevideo, 1978, Págs. 19-30.

<sup>140</sup> Al respecto, con razón la doctrina refiere: "...El ejercicio de ella -subordinación jurídica -no siempre requiere que se indique cómo debe ejecutarse la tarea, pero sí le corresponde determinar cuál es ella. A veces tal precisión es manifiesta, como ocurre generalmente con los trabajadores de menor jerarquía, pero puede ser sumamente limitada, como se presenta a veces con cierto personal directivo, sujeto, sin embargo, a las indicaciones o determinaciones de un directorio o de una asamblea de accionistas. La jurisprudencia orientada en este sentido, ha incorporado más y más personal dentro de los comprendidos en la situación de subordinación, tomando en cuenta el criterio expuesto imbuido del concepto de ampliar los beneficiarios de las normas protectorias del derecho del trabajo." (Julio Martínez Vivot, *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*, sexta edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, págs. 99-100); advierte que de este modo han quedado superadas las teorías que fundaban la subordinación en la dependencia de carácter económico o técnico; señalando que no puede entenderse a ésta como causa exclusiva de la subordinación "...sobre todo cuando frente a la constante tecnificación de la industria, cada vez es mayor el número de técnicos contratados, cuyas particularidades de ejercicio profesional no provienen de la empresa, sino que, a veces, son ellos quienes imponen la estructura del funcionamiento y sin embargo, son trabajadores subordinados, porque, más allá de este aspecto técnico, existen circunstancias de la prestación de sus tareas, por limitadas que sean, que le son impuestas por el empleador y que deben ser necesariamente acatadas." (Martínez Vivot, op. cit. pág. 100). Expediente 1091, Registro Oficial Suplemento 216, 17 de Junio del 2010.

que la subordinación no es elemento del contrato de trabajo en el Ecuador.

Sobre el tema y para saber si la dependencia técnica genera una dependencia jurídica, lo fundamental es analizar si la dependencia técnica se desprende de la naturaleza del contrato de trabajo en el Ecuador; y sobre aquello vale encontrar que no existe norma – dentro del Código de Trabajo– que establezca que el empleador debe tener más conocimiento que el trabajador o la capacidad técnica de dirigirlo. De ahí que no se observa que la dependencia técnica tenga asidero en virtud de las obligaciones que se generan a partir del contrato de trabajo.

El hecho de que se considere que la dependencia técnica constituye un tipo de dependencia que puede configurar el respectivo elemento del contrato de trabajo, nace a partir de la consideración arcaica de que el trabajador es una persona que ordinariamente tiene unos conocimientos inferiores que los de su empleador. Así como también, surge de la interpretación de las normas del Derecho mexicano, que establecían que existía la posibilidad de que uno de sus elementos sea la dependencia técnica<sup>141</sup>.

Al respecto, nunca ha sido elemento del contrato de trabajo en el Ecuador, ni una de sus obligaciones; que el trabajador tenga menores conocimientos que el empleador y que por eso se encuentre sometido a él. Si aquello ha sucedido, ha sido un evento circunstancial que no se desprende de la naturaleza jurídica del contrato, sino de una situación coyuntural que jamás se ha dado en todos los casos. Por lo tanto y aunque fuese común, no es un elemento esencial que se desprende de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo; razón por la cual no puede decirse que la dependencia técnica sea parte de la dependencia jurídica, ya que no hay norma que así lo establezca, ni que siquiera lo sugiera.

---

<sup>141</sup> “La doctrina contenida en los escritos y alegatos de los procesos de trabajo expresaba que la Ley había consignado dos elementos para configurar el contrato de trabajo: la dirección y la dependencia, de los cuales, el primero servía para designar la relación técnica que se da entre el trabajador y el patrono, que obliga a aquél a prestar el trabajo siguiendo los lineamientos, instrucciones y órdenes que reciba, en tanto el segundo se refería a la relación económica que se creaba entre el prestador de trabajo y el que lo utilizaba, una situación de hecho consistente en que la subsistencia del trabajador depende del salario que percibe. Las consecuencias de esta interpretación repercutieron dolosamente sobre los trabajadores, pues todos aquellos que tenían alguna otra fuente de ingresos o trabajaban una jornada reducida se veían excluidos de los beneficios de la legislación laboral” De LA CUEVA, MARIO. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México D.F.: Porrúa, 1972, págs. 196-201.

De esta forma, bien puede configurarse la existencia de dependencia técnica sin que se produzca un contrato de trabajo, ya que ésta no es una consecuencia jurídica propia de la naturaleza del contrato, sino una mera coincidencia fáctica, que dependiendo de cada sociedad será más o menos común.

Para que la dependencia técnica sea capaz en –algún ordenamiento jurídico– de configurar el elemento de dependencia, la Ley debería establecer en algún punto, que el trabajador debe tener menos conocimientos que el empleador, o someterse por sus conocimientos; lo que no existe en el Ecuador. De tal manera, la dependencia técnica no es una dependencia jurídica en la actualidad, sino solo un hecho circunstancial que no determina la existencia del elemento de dependencia.

## **7.6. DEFINICIÓN DEL ELEMENTO DE DEPENDENCIA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL CÓDIGO DE TRABAJO**

En conclusión e interpretando de manera precisa el Código de Trabajo del Ecuador, debe entenderse que el elemento para que se configure un contrato de trabajo, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, es la dependencia; misma que puede presentarse en cualquier forma que jurídicamente nazca de la naturaleza del contrato de trabajo.

En tal virtud, y una vez que se ha analizado la naturaleza del contrato de trabajo en el Ecuador, puede decirse que la dependencia jurídica, por las obligaciones que nacen del contrato de trabajo, puede presentarse como dependencia administrativa, disciplinaria, material, comercial, o económica. Así pues, siempre que se configure cualquiera de estos tipos de dependencia jurídica –que se encuentran plenamente reconocidos por la legislación– se configurará el elemento de dependencia. Al respecto, esta conclusión no resulta tan extraña ni exótica para la interpretación ecuatoriana, así pues ya ha existido doctrina que concluye el tema de manera similar<sup>142</sup>. De todas formas y

---

<sup>142</sup> “Consiste en que el trabajador se compromete a prestar sus servicios siguiendo las órdenes, direcciones o instrucciones de la persona que le contrató o de los que lo representan. La dependencia o subordinación es siempre de naturaleza económica, disciplinaria, administrativa y en ocasiones técnica. Este es un elemento esencial que debe ser comprobado para determinar si el contrato es o no laboral. Pero la



aunque se ha llegado a una conclusión parecida a la aquí descrita, se subsume todo este razonamiento en el hecho de que finalmente siempre la dependencia que es relevante, es la subordinación.

Al respecto, la precisión fundamental que se hace en este punto es la de determinar el concepto de dependencia jurídica en el Ecuador, en cuanto se demuestra que es posible que existan varios tipos de dependencia jurídica que no se limitan a la subordinación, sino que pueden presentar varios tipos que si se cumplen configuran la existencia del elemento de dependencia, sin que en el Ecuador sea la subordinación, el elemento determinante para delimitar la relación laboral, ni siquiera si se lo disfraza de una supuesta dependencia jurídica.

Esto provoca pues, que dentro del Ecuador, puedan existir mayores casos en que se genere la protección del Derecho del Trabajo; sin que se limite su protección a la figura de la subordinación, que ni siquiera es mencionada como elemento del contrato de trabajo.

Lamentablemente, este desarrollo doctrinario no se profundizó, y aunque en un inicio había visos de considerar esta opción, lo cierto es que se ha asumido incorrectamente que la dependencia en el Ecuador se entiende como subordinación. De todas formas, queda aquí planteada una nueva teoría de la dependencia para el Ecuador, que partiendo del análisis histórico de la jurisprudencia, así como de las particularidades de nuestra legislación; permite crear un concepto más preciso sobre este elemento del contrato de trabajo. Queda así definida la dependencia en cuanto a lo que actualmente se considera, así como también en cuanto a lo que debería entenderse en un futuro.

Por esta razón y una vez que se han precisado los conceptos de todos los elementos del contrato de trabajo, nos encontramos en un punto en que se puede definir con certeza cuál es la relación de trabajo que se encuentra protegida dentro del Derecho del Trabajo

---

dependencia esencial es la jurídica, esto es aquella que nace en virtud de la celebración del contrato, por la cual el trabajador se pone a las órdenes del empleador aceptando las normas disciplinarias y administrativas señaladas y éste, el empleador, adquiere la facultad o derecho para disponer que el servicio o trabajo se ejecute de tal o cual manera, o que simplemente esté a sus órdenes.” BRAVO, RUBÉN. *Temas laborales y judiciales*, Universidad Católica de Cuenca, Unidad Académica de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y políticas, Cuenca (Ecuador), 2010, pág.25.

ecuatoriano.

## **7.7. DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA DENTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO ECUATORIANO**

En virtud de todo lo señalado, ya estamos listos para emitir una definición bastante precisa de la relación laboral protegida por el Derecho del Trabajo en el Ecuador, a partir de la interpretación del Código de Trabajo y su desarrollo histórico.

Así, y del análisis histórico, es claro concluir que en el Ecuador las relaciones de trabajo que se protegían siempre fueron variadas y no necesariamente se limitaron a aquellas protegidas ordinariamente por el Derecho del Trabajo en otras latitudes. De ahí que siempre existió una vocación de protección amplia y, sin duda, con un desarrollo particular que merece un análisis en específico.

De todas formas y como se ha observado, en muchos casos el contenido del Derecho del Trabajo en el Ecuador se ha interpretado a la luz de la doctrina extranjera, lo que no tendría mayores implicaciones perniciosas si no fuese por el caso de que este hecho progresivamente ha ido provocando que el Derecho del Trabajo en el Ecuador, vaya perdiendo su identidad, para confundirse con ordenamientos jurídicos que no necesariamente sean idénticos.

Esto, en primera instancia, ha provocado incluso modificaciones legislativas –como se vio– en el caso particular de la relación protegida por el Derecho del Trabajo, que determinaron que toda relación de trabajo se protegería siempre que suponga un contrato de trabajo. De tal forma que en la práctica se dejaron de reconocer como independientes varias relaciones de trabajo que eran reguladas por el Código de Trabajo y que no necesariamente entraban dentro del concepto de contrato de trabajo.

Al efecto, entonces, la relación de trabajo que se precautela en el Ecuador, en todos los casos se entiende protegida mediante el contrato de trabajo; así, si bien el ámbito de regulación que establece el propio Código de Trabajo podría ser mucho más extenso, se ha podido constatar que la institución fundamental que determina que se aplique la

protección del Derecho Laboral es el contrato de trabajo, mismo que es el género del que se desprenden las diferentes especies de relaciones de trabajo protegidas por el Derecho del Laboral ecuatoriano, todas las cuales –se entiende– que se garantizan siempre que cumplan con los elementos del contrato de trabajo.

Por lo tanto, para conocer cuál es la relación de trabajo efectivamente protegida por el Derecho del Trabajo, es fundamental conocer en qué casos se configura el contrato de trabajo. Así pues, lo primero que cabe observar es que el contrato de trabajo –para ser válido– debe incluir la existencia de los mismos elementos que todos los demás contratos, por lo tanto, debe ser un contrato celebrado con consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita. Esto determina que no sean elementos propios del contrato de trabajo la licitud –por ejemplo– o el consentimiento, tal como se ha considerado imprecisamente; ya que estos, más que ser elementos propios del contrato de trabajo, son requisitos de validez de los contratos en general.

Luego y en cuanto a los elementos del contrato de trabajo, vale observar el artículo 8 del Código de Trabajo, de tal manera que descontando los elementos típicos de todos los contratos se puedan encontrar los elementos que son particulares del contrato de trabajo, ya que una vez que se encuentren los mismos, se podrá precisar con exactitud cuál es la relación de trabajo protegida por el Derecho en el Ecuador.

Así pues, y a partir de este análisis, la primera conclusión yace en determinar que es un elemento del contrato de trabajo la prestación de servicios, sin ninguna otra precisión adicional; lo que se desprende tanto de su desarrollo histórico –que siempre se protegió considerándose que suponía un prestación de servicios–, así como también, puesto que del Código de Trabajo se infiere este expreso elemento. Esto ha motivado que este elemento se estudie por separado, de tal manera que se lo pueda identificar de forma autónoma, hecho que supone una labor importante puesto que la definición del elemento de servicio, dado que nunca se ha considerado, ha sido virtualmente inexistente en el Ecuador.

Posteriormente, he pasado a analizar el elemento de personalidad, fundamentalmente buscando diferenciar el concepto de personalidad –en materia laboral– del concepto civilista de las obligaciones *intuitu personae*, puesto que ambas definiciones no son

idénticas, de tal manera, que ha sido necesaria una definición específica –en el marco laboral– del elemento de personalidad.

A su vez también ha sido necesario precisar el concepto del elemento de onerosidad, que en el caso ecuatoriano es particularmente interesante ya que más que nada supone la intención del trabajador de percibir un ingreso, más allá del solo pago de la remuneración. De tal manera que era importante hacer un ejercicio para redefinir este elemento.

Igualmente ha ocurrido con el caso de la dependencia, donde ha sido primordial diferenciar este concepto –previsto en el Código de Trabajo– de aquellas definiciones extrañas, que si bien pueden contenerse en la doctrina; no necesariamente eran aplicables en el Ecuador.

Todo esto, por consiguiente, nos ha llevado a concluir de una manera más precisa cuál es la relación de trabajo que en realidad protege el Derecho del Trabajo en el Ecuador.

En consecuencia, se puede decir que la misma se puede entender como:

a) La prestación de un servicio, entendiendo como tal la ejecución de una actividad inmaterial que sea inmediatamente consumida y que suponga una ejecución heterogénea. Esta definición primordialmente se desprende de las ciencias económicas que han sido fundamentales para definir qué se entenderá por prestación de servicios, ya que no solo en el Ecuador –en materia jurídica– no se ha definido claramente este concepto, sino prácticamente en general; por lo que siendo la prestación de servicios un elemento del contrato y dado que se busca precisar la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral, es fundamental crear una definición más clara sobre este elemento.

b) La ejecución de una prestación personal, lo que implica primordialmente que quien ejecuta la labor sea quien directamente se contrató para tal fin, sin que pueda valerse de otras personas para prestar el servicio sin causa razonable, ya que en ese caso se pierde el elemento de personalidad. Entendiendo de manera esencial que la personalidad en materia laboral, no es sinónimo de la obligación personalísima del Derecho Civil o *intuitu personae*, ya que la obligación civil no

encuentra excepciones en cuanto a que la persona que se compromete es quien debe cumplir la obligación; mientras que en el caso de la personalidad laboral, si bien quien se compromete debe ejecutar la prestación, existen innumerables casos en los cuales quien se obliga puede no cumplir su obligación sin que aquello signifique que se vulnere la personalidad en materia laboral.

c) La voluntad de onerosidad del trabajador, que implica que aparece la existencia de un contrato de trabajo siempre que se encuentre la sola intención del trabajador de prestar su servicio por una remuneración; sin necesidad, ni siquiera, de que en efecto exista un pago por el servicio, lo que a su vez supone que no exista el elemento de ajenidad, común en relaciones de trabajo previstas en otras legislaciones pero que es inexistente en el Ecuador; donde no se requiere que el trabajador preste sus servicios por cuenta ajena como un requisito para la existencia del contrato de trabajo. Así, tampoco es necesario que el trabajador no tenga que afrontar los riesgos de la actividad económica, ya que –según se ha detallado– existen casos donde el trabajador puede prestar sus servicios por cuenta propia o asumiendo los riesgos económicos de su actividad y, aun así, estar protegido por el Derecho del Trabajo en el Ecuador.

e) Luego y como elemento final, se concluye que la prestación se efectúe bajo dependencia, lo que significa que el trabajador se encuentre sometido –por cualquiera de las razones que prevé el contrato de trabajo– al empleador. De ahí que siempre que exista dependencia administrativa, disciplinaria, material, comercial, o económica, se entenderá que se configura el elemento de dependencia; mismo que no existe cuando solo se produce una dependencia técnica. Esto determina que el concepto de dependencia previsto en el Código de Trabajo no es sinónimo de subordinación, como se ha querido determinar por cierta doctrina y jurisprudencia ecuatoriana durante las últimas tres décadas, de manera completamente injustificada.

Esta es, pues, la verdadera relación de trabajo que el Código de Trabajo Ecuatoriano protege si nos atenemos a la precisa interpretación de su contenido; tal como, punto por punto, se ha detallado. Por lo tanto, puede concluirse que el Derecho del Trabajo en el Ecuador presenta particularidades que merecen de un estudio y

profundización particular, que si bien en algunos casos puede coincidir con la doctrina desarrollada en otros Estados, no siempre será así.

Puede constatarse que en el Ecuador, tanto históricamente como a partir de la normativa vigente, la relación de trabajo protegida siempre ha sido entendida en un sentido amplio, ordinariamente más extenso que en la doctrina en general; de tal forma, que será importante entender al Derecho del Trabajo del Ecuador en ese sentido, ya que probablemente ese desarrollo puede brindar nuevas e interesantes soluciones con respecto a los problemas que la disciplina plantea.

Luego, una segunda fase de esta investigación, tendrá relación con analizar críticamente esta relación de trabajo protegida que se ha precisado, y que antes no tenía mayor sistematización, para luego determinar si la relación de trabajo protegida en el Ecuador, efectivamente regula las relaciones de trabajo que la requieren; o si por el contrario, – como considero– estamos ante una normativa que en muchos casos protege a quien no lo necesita y en otros soslaya a quien requiere protección; razón por la cual se requiere una redefinición de los mecanismos que se utilizan para determinar las relaciones de trabajo protegidas por el Derecho Laboral, hecho que será materia central de la segunda parte de este trabajo

## ***Título VIII***

### ***ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA VINCULADA CON LA DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO JURÍDICAMENTE PROTEGIDA EN EL ECUADOR***

Una vez que se ha definido la relación de trabajo que se encuentra protegida dentro del Derecho del Trabajo ecuatoriano, será fundamental observar cuál es la problemática que se deriva de esta definición. Todo esto con el afán de encontrar con exactitud cuáles son los problemas que plantean la definición de la relación laboral protegida en el Ecuador y cómo estos pueden ser corregidos a partir de la redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida por el Derecho Laboral, fin último al que pretende llegar esta investigación.

#### **8.1. CREACIÓN DE UN PARADIGMA DISTINTO AL PREVISTO POR LA LEGISLACIÓN LABORAL**

Conforme se ha podido observar al momento de definir aquella relación laboral que se encuentra protegida por el Derecho del Trabajo ecuatoriano, en realidad existe una clara dicotomía entre la relación de trabajo protegida a partir del estricto análisis de la legislación ecuatoriana y la relación de trabajo que, de acuerdo a la doctrina y en general a la práctica, es aquella que se ha considerado como la protegida.

Si por un lado se ha determinado que el Código de Trabajo, en estricto Derecho, prevé como protegida una relación para la prestación de servicios a título oneroso por una prestación personal y bajo dependencia; por otra parte puede encontrarse que la definición práctica que se ha aceptado en el Ecuador es que la relación protegida es una donde lo fundamental es que exista una actividad que se contrató *intuitu personae* –que no es lo mismo que personalidad laboral como se ha relatado previamente–, que requiere de un pago para su existencia; y al mismo tiempo, que fundamentalmente debe prestarse

bajo subordinación, aplicado este concepto en su sentido más clásico y restringido, es decir asumiendo para determinar si una relación de trabajo es objeto de tuición solamente debe observarse si se configura la clásica dependencia administrativa, o subordinación.

Esta generación de mundos paralelos jurídicos, si bien se ha analizado desde la perspectiva ecuatoriana, no es exclusiva de este ordenamiento, ya que en muchos casos se han detallado situaciones en que la interpretación de la norma no se refiere a su contenido literal, sino, por ejemplo, se toman en cuenta valores o consideraciones de quienes juzgan de forma tal que se crea un paradigma completamente distinto al previsto por la legislación<sup>143</sup>; lo que nos permite observar que si bien estamos relatando un fenómeno propio del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin duda este no resulta ajeno a la aplicación de la normativa en el orbe, de ahí su relevancia como un caso que puede servir para el entendimiento de esta fenomenología desde una perspectiva comparada, lo que claramente evidencia la importancia de su estudio, más aún cuando resulta fundamental para analizar la problemática que se debe resolver al momento de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador.

En esta virtud pues, lo primero que cabe es precisar cuál es la relación de trabajo protegida, cuya problemática se va analizar, si aquella prevista por el Derecho Laboral ecuatoriano desde una lectura textual de su contenido o si aquella que deviene de la práctica.

Al efecto pues, solo el hecho de haber dado otra lectura a la tesis de la posible definición de la relación de trabajo protegida ya resulta una actividad que puede ser altamente discutida, ya que a menudo, la práctica del Derecho suele asumir como ciertos algunos hechos; sin que sea posible ninguna otra interpretación en contra, casi como misterios de fe<sup>144</sup>. Por lo tanto, sería muy difícil abordar la problemática de la redefinición de la

---

<sup>143</sup> “It is very easy for judges to read their own notions of policy into the bill of rights. KAHN-FREUND, OTTO. *The Impact of Constitutions on Labour Law. Cambridge Labour Journal*, vol. 35, núm. 2, 1976, págs. 240-270.

<sup>144</sup> “The basic reason for the prevailing definition is that it has been used for a long time. Not even this correct. In the past, the RAG (Reichsarbeitsgericht, Reichs Labor Court) referred to personal and economic dependence and gave up this second criterium by reasons never explained. 2. a) A definition worth called a juridical definition to be taken seriously must be teleological. That means: Definitions cannot be created nearly from arbitrariness. But they fulfill a task in a legal rule consisting of “Tatbestand und Rechtsfolge”



relación de trabajo jurídicamente protegida partiendo de un modelo alternativo de lo que se ha considerado clásicamente como su definición. De todas formas, si esto fuese lo académicamente correcto, no habría más remedio que embarcarse en esa empresa, a pesar de que las voces ortodoxas del Derecho lo consideren como una suerte de sacrilegio jurídico.

De cualquier forma, por lo menos en este punto, este trabajo evitará una polémica adicional y en tal virtud, la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida será realizada desde la definición clásica de lo que se ha considerado como la relación amparada. Esto, no tanto por una intención de respeto hacia la teoría clásica, sino por el contrario, dado que la interpretación clásica de la relación de trabajo protegida es la que de facto se ha aplicado; esta es aquella que ha generado los problemas que una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida debe resolver.

Esto, por supuesto no significa que la nueva interpretación que se ha dado de la relación de trabajo protegida en el Ecuador –dentro de este trabajo– sea inútil; por el contrario – como se verá más adelante–, mostrará su valor al momento de intentar una redefinición de la relación de trabajo que utilice varios conceptos antaño utilizados en el Ecuador, y que hoy, más por la práctica que por reformas legislativas, han desaparecido; pero que en realidad demostrarán ser más actualizados que mucha de la teoría que de momento se aplica en el país.

En esta virtud pues, el análisis de la problemática que supone la definición de la relación de trabajo protegida en el Ecuador partirá del concepto que la doctrina y la jurisprudencia han considerado aplicable, ya que a fin de cuentas, esta es la interpretación que se aplica, y por ende la problemática nace fundamentalmente de esta, que se ha consolidado en el Ecuador como un axioma que prácticamente no admite discrepancia alguna, toda vez que la comunidad jurídica —casi como pacto social— así lo ha decidido; lo que sin duda

---

(elements of the rule/legal consequences). A definition is correct, when it is justified to apply the legal consequences.” WANK ROLF. Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. *The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004, pág. 139.

dificulta que se discutan<sup>145</sup> nuevas apreciaciones y mucho menos que se apliquen.

En consecuencia y a pesar de la dualidad de definiciones dentro de la relación de trabajo que se considera protegida en el Ecuador para analizar su problemática, partiré de aquella relación de trabajo que considera que si el servicio es personal, realizado bajo la percepción de una remuneración y subordinado; entonces la relación es protegida, y de lo contrario, si no se configuran estos elementos, la relación carece de cualquier tuición por parte del Derecho Laboral.

## 8.2. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO UNA INSTITUCIÓN BASADA EN PRESUNCIONES FALSAS

En consecuencia, una vez determinada la relación de trabajo que será objeto de nuestro estudio, misma que es muy similar a aquella que se ha considerado casi universalmente como la relación que debe ser protegida por el Derecho del Trabajo —la relación de subordinación o el estado de asalariado—, procedo a analizar la problemática que existe con respecto a este tema.

Al efecto, la relación de trabajo protegida es una institución jurídica fundamentalmente sustentada en un sistema de presunciones de Derecho, en virtud del cual se asume que si una determinada relación cumple con los elementos que se han considerado como suficientes para generar protección, *ipso iure*, se procederá a aplicar una normativa protectora; mientras que si la relación no cumple con estos elementos, se pierde todo

---

<sup>145</sup> “Yet, while able to deploy these arguments and operate intelligently within the field of labour law, many labour lawyers may not be able to spell out the narrative with which they are so intimately familiar. This is because what the narrative makes available is basic—it is what competent labour lawyers do not have to worry about. (...) Once a constituting narrative becomes familiar, once a subject matter becomes established (through the work of a Laskin, say), once the curriculum becomes set, once the teaching and journals become specialized, once the wisdom of the constituting narrative becomes not insightful but merely obvious, once there is a critical mass of former students who have received the mother’s milk of the organisation of thought which allows us to make sense of labour law, and so on . . . it is very hard to get rid of, even when well past its intellectual due date. (...) It takes several generations, at least, for a paradigm of understanding of a field to be successful and dominant enough potentially to create this sort of problem. But one of the ironic truths about successful constituting narratives is that the more successful they are, the more difficult real critical thinking about them becomes.” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law’s Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, págs. 17-18.

mecanismo de protección.

Estamos, evidentemente, ante un sistema supremamente rígido, que si bien ha sido concebido para proteger al débil dentro de una relación; por el contrario, al momento de aplicar el ordenamiento jurídico, en realidad no se hace lo que sonaría más lógico, que es analizar si dentro de la relación existe o no una persona que se encuentre en inferioridad de condiciones para proceder a protegerla.

Opuesto a ello, lo que se hace es establecer algunos elementos que se considera, *per se*, que determinan la existencia de inferioridad de condiciones y entonces –ante la existencia de estos elementos– es que se aplica el régimen protector del ordenamiento laboral, sin ningún beneficio de inventario.

El problema principal, entonces, salta a la luz, el régimen laboral establece presunciones de Derecho para su aplicación, que no necesariamente determinan la necesidad de que se aplique el ordenamiento jurídico laboral; ya que en algunos casos se protege a quien no requiere de protección y en otros se abandona a quien más la necesita.

Al respecto, la justificación más aceptada por la ciencia jurídica laboral para explicar esta situación es que, a lo largo de la historia, fue un hecho mayoritario el que sean los trabajadores subordinados los que se encuentren en estado de mayor precariedad, por lo que ante esta razón, resultaba pertinente que se asuma que ellos eran los receptores de la relación laboral de tal manera que se establecieron todas las presunciones antes relatadas como un mecanismo para encontrar las personas que se encuentren en esta relación de subordinación, que lógicamente son quienes históricamente habrían requerido de mayor protección. Toda esta explicación, se hace queriendo así exculpar el gran error que yace en la misma fundación del Derecho del Trabajo, y en la creación de esta rama jurídica, aunque no necesariamente puede decirse que esta es la única posible explicación que puede darse a esta errada construcción del Derecho del Trabajo, que se ha querido presentar como única lectura posible de este yerro.

Sobre el tema, si bien es cierto que en el pasado y especialmente a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX –dependiendo del país que se analice– los trabajadores subordinados se encontraban en una situación de inequidad que justificaba la creación de un régimen que los proteja, por otra parte, no es menos cierto que en aquellos tiempos

también existieron –como existen hasta la actualidad no solo en los países en vías de desarrollo, sino también en países desarrollados– trabajadores que sin ser subordinados, se encontraban en una situación precaria; verbigracia podemos encontrar a los trabajadores autónomos ambulantes; realidad que es evidente casi en cualquier Estado, que antes lo era más, y que aún hoy persiste. Muy difícil será pues, decir que en los albores de la creación del Derecho del Trabajo, no había autónomos ambulantes, que justifiquen que también exista un ordenamiento jurídico que los proteja. Si aún hoy los hay, mucho más en aquellos momentos en que se creaba el Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, el argumento de que la existencia de autónomos que necesiten protección era una certeza, que por lo menos en los países supuestamente desarrollados no existía al momento de la creación del Derecho del Trabajo, carece de contundencia y corresponde una lectura bastante idílica de lo que pasa para justificar el por qué se creó un sistema cerrado de protección para unos pocos; cuando es evidente que existe y existían otros muchos que requiriendo de protección, quedaron al margen del amparo del Derecho del Trabajo.

A su vez, aquello en lo que coincide con la teoría estándar del iuslaboralismo actual es que, más allá de lo que ha ocurrido en el pasado, son cada vez más prevalentes aquellas relaciones labores que exceden la clásica relación bajo dependencia. Por lo que, en cualquier caso, ya sea que a inicios del siglo XX hayan o no existido subordinados en Europa o en América; lo cierto es que es una realidad indiscutible la existencia de un gran grupo de trabajadores en casi todos los países del mundo que sin ser subordinados, se encuentran en una situación que amerita protección, pero que ha sido soslayada por el Derecho del Trabajo.

En este sentido, es fundamental determinar por qué no se han regulado amplias relaciones de trabajo autónomas, que hoy en día incluso son prevalentes en muchos casos<sup>146</sup>. Así, como primera aproximación considero que debería ensayarse una razón

---

<sup>146</sup> “...En tercer lugar, se verifica una traslación sustancial de trabajo tipo objeto de atención por parte de las relaciones laborales, debido a la progresiva disminución de la porcentual de población activa asalariada ocupada dentro del sector industrial, en tanto que se incrementa de forma muy notable la significación del sector servicios y en general del trabajo intelectual en todos los sectores de la economía, como manifestación de estar avanzando hacia un modelo de sociedad post-industrial. De este modo, no solamente

más clara para llegar a conocer porqué el Derecho del Trabajo estableció los elementos que fijó para determinar quién debe ser protegido y quién no; más allá de la sola bondad de los precursores del Derecho del trabajo, que haciendo una valoración objetiva de cuál era la relación que más debía protegerse, determinaron que las personas en peor situación eran los trabajadores subordinados, razón ciertamente romántica pero nada más.

En esta virtud pues, aparece más claro que la relación de subordinación sea aquella que se haya protegido, partiendo del hecho de que el Derecho del Trabajo nació como un reclamo de los obreros dependientes, que organizados –en algunos casos violentamente y en otros no–, clamaron por la creación de un Derecho que los proteja.

Estos reclamos son, en su mayor medida, los insumos principales para la creación del Derecho del Trabajo; por lo tanto, estos explican por qué el Derecho del Trabajo protege a la relación que protege. Así pues, los obreros dependientes, luego de las revoluciones que fomentaron –que en muchos casos triunfaron–, lo que pretendieron es un sistema que les proteja sólo a ellos, no por ejemplo a los ambulantes o a las amas de casa, que en ese momento existían y que laboraban sin ninguna remuneración; por lo tanto, el Derecho del Trabajo se limitó a generar un marco de tuición solo para quienes pudieron imponer sus condiciones mediante vías de presión. Es un fenómeno político pues, la creación del Derecho del Trabajo, y no el resultado de la síntesis cándida de algunos preclaros juristas.

Esta es entonces, la verdadera razón por la que el Derecho del Trabajo se ha preocupado fundamentalmente de los trabajadores bajo dependencia –razón que a menudo es obviada<sup>147</sup>–. Esto ha provocado que se asuma a la figura de la subordinación como una

---

se consolida lo sucedido en períodos previos en cuanto a la plena integración de los empleados, técnicos y directivos dentro del sistema de relaciones laborales, sino que de forma adicional estas categorías de trabajadores se van a convertir en el tipo central de referencia dentro del sistema de relaciones laborales imperante en los países de nuestro entorno social. Por ello, el modelo de referencia de condiciones de trabajo, la forma de integración del trabajador dentro de la organización empresarial, etc., se alteran en correspondencia con la centralidad que ahora adquiere el sector servicios dentro del mercado de trabajo.” CRUZ, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AAVV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 175-179.

<sup>147</sup> “...Por cierto, es conveniente recordar que el reconocimiento de la consistencia teórica de la categoría ha distado –aun al margen del debate en torno de su contemporánea “pérdida de abarcatividad”– de haber sido pacífico. Hace algún tiempo, Paul Davies, con cita de Wedderburn, sugería su potencial falsedad. El

verdad revelada que casi no admite razonamiento en contra, ya que se entiende que es una construcción jurídica surgida del análisis de las peores condiciones que imperaban el momento de su creación; cuando, en realidad, es solo la consecuencia de la imposición de condiciones por un grupo organizado que —como es lógico— miró por sus intereses y ningún otro. Esto pues, significa que la subordinación no es una construcción irrefutable, sino que encuentra su creación en la coyuntura de un momento político de la historia de la humanidad, que sin duda no creó un paradigma que sea indiscutible, sino que es altamente errado.

Así, el Derecho del Trabajo es la consecuencia —como casi todo— de una lucha social<sup>148</sup>, donde aquellos que se organizaron reclamaron un ordenamiento jurídico para ellos, olvidando ciertamente a otras personas que, en cualquier caso, también podrían estar en una situación de desequilibrio; pero que no gozaban de la protección de ningún ordenamiento —menos del laboral—, o en muchos casos, tienen protecciones considerablemente más reducidas que las de los trabajadores dependientes<sup>149</sup>. Por lo tanto, la creación del Derecho del Trabajo lamentablemente no atiende a la situación romántica planteada por la mayoría de tratadistas; sino por el contrario, es la

---

juicio de reproche de Gérard Lyon-Caen es menos terminante: no es necesariamente falsa, sostuvo, pero prevalece a falta de otra mejor... Para Deveali se trataría de un concepto que, como en otras ramas del Derecho, y aun en otras ciencias, se formulan inicialmente para fundamentar una determinada solución y desde allí adquieren paulatinamente alcance general y se les acepta sin discusión, *como si se tratara de algo cierto y definitivo, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que originaron su aparición.*” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*. Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 130-132.

<sup>148</sup> “La presencia histórica del ordenamiento laboral no se debe, desde luego, al azar o la capricho de los legisladores, sino, al contrario, al diseño y a la ejecución de una precisa y singular misión, cual es la institucionalización o juridificación de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva de la empresa capitalista.” PALOMEQUE, MANUEL. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo. Revista Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 1

<sup>149</sup> “... Il complesso di norme e principi che costituiscono il diritto del lavoro, (...) non trova applicazione con riferimento a qualsiasi forma di lavoro. È vero, piuttosto, che ogni attività umana suscettibile di valutazione economica è soggetta a disposizioni specifiche, che variano sensibilmente a seconda di quale sia lo schema astratto a cui essa può essere di volta in volta ricondotta. Vedremo, in particolare, che le regole del diritto di lavoro in senso stretto trovano applicazione, almeno in linea di principio, soltanto nei casi in cui la prestazione lavorativa si caratterizzi per l'elemento giuridico della « subordinazione » (cfr. *Infra, Sezione II*), è cioè per l'assoggettamento del prestatore di lavoro a potere di direzione della attività lavorativa. Regimi giuridici alquanto differenti, e tendenzialmente assai meno protettivi per il lavoratore, operano laddove la prestazione lavorativa venga resa in piena autonomia tecnico-funzionale ovvero in forma associativa, in funzione cioè di un vincolo sociale o anche in termini di conferimento a società. Appena abbozzata è, infine, la disciplina giuridica che accompagna le prestazioni rese a titolo gratuito, e cioè le prestazioni svolte *affectionis vel benevolentiae causa, religionis causa, ecc.*” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di Diritto del Lavoro*. Giuffrè Editore, Terza Edizione, Milano, 2004, págs. 87-88.

consecuencia de una lucha social donde quienes pudieron imponer condiciones se encargaron de que los elementos para que haya protección, sean exactamente los elementos que ellos cumplían y no otros. En síntesis, visto desde la perspectiva de otros trabajadores con menos derechos, el Derecho del Trabajo, desde su nacimiento, también fue un elemento de discriminación e inequidad, que creó otro grupo de privilegiados.<sup>150</sup>

Esto explica por qué para determinar qué relación es la que debe ser protegida por el Derecho del Trabajo, más que analizar qué persona está en desequilibrio, lo que se observa es si la persona es o no subordinada; de tal manera, que la protección se vincula directamente con la subordinación, al punto que se constituye casi en un fetichismo, del que poco importa la corrección de desequilibrio que pueda existir en una relación de trabajo, sino que lo que se observa es si se cumplen los elementos o no para que se genere protección; cuando los elementos no son el fin en sí mismo, sino sólo el medio para llegar a determinar cuál es la persona que presta un servicio y quien requiere de protección.

Luego pues, estos elementos que se han fijado para determinar la relación de trabajo han probado ser en muchos casos falsos<sup>151</sup> –como procedo a detallar– por lo que no justifican que si se cumplen, siempre exista un desequilibrio que admita protección, y si los mismos no se observan, siempre exista total abandono de esa persona; sin que se admita además, prueba en contra.

Al efecto pues, procedo a detallar cómo lo antes señalado ocurre. Así, por ejemplo, una persona que preste sus servicios, si la misma no busca percibir una remuneración, no contará con la protección del Derecho del Trabajo, y por ende estará desvalida; más la

---

<sup>150</sup> “El Derecho laboral nacía como privilegio social para los insider y dejaba de lado a quienes trabajaban bajo otros esquemas no subordinados y a quienes estaban cesantes, olvidando que para cualquier ciudadano el trabajo, bajo cualquier modalidad, representa el acceso al rédito para satisfacer sus necesidades personales y familiares.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 30.

<sup>151</sup> “...Secondly, and by the same token, the fact that these intensifications of the binary divide typically represent instrumental policy decisions on the part of legislators means that, however laudable those decisions and the theoretical arguments behind them might have been from a social point of view, they were nevertheless somewhat contrived ones in terms of their legal logic. As such, they ran the risks of engendering those unities, symmetries, and oppositions which we have argued earlier may easily turn out to be false ones”. FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 118.

pregunta es: ¿puede una persona que preste sus servicios sin pretender ni recibir una remuneración, encontrarse en un Estado de tal desequilibrio que requiera de la protección del Derecho del Trabajo? y la respuesta es sí, muy probablemente un voluntario podría estar en un situación tan precaria que amerite la protección de algún ordenamiento jurídico; pero de todas formas, como no se cumple el elemento de remuneración, esta persona siempre estará excluida del régimen protector del Derecho del Trabajo, que entonces sólo es el régimen del asalariado.

A la inversa, una persona que sea remunerada por su trabajo ¿siempre se encuentra desprotegida con respecto a su empleador? y la respuesta es que no. Bien puede existir una persona que presta un servicio que sea personal, que incluso se realice en cumplimiento de un horario; pero que por sus capacidades o cualificaciones tenga un poder importante de negociación, y en esta virtud, no requiera de protección. Por lo tanto, vamos observando que las presunciones del Derecho del Trabajo son falsas.

Así mismo, el hecho de que la prestación de un servicio sea personal no significa que siempre la persona que así lo presta, se encuentre en un desequilibrio que amerite la protección. Bien puede, un trabajador en las economías del conocimiento, recibir una remuneración e incluso estar subordinado al someterse a requisitos administrativos del empleador; pero por otra parte, recibir un ingreso tal y tener tal capacidad de negociación que no requiera de una protección, aunque el trabajador preste sus servicios directamente y no mediante la contratación de otra personas.

Al contrario, también puede existir un trabajador que aunque no preste siempre sus servicios personalmente, y se ayude de otra persona para ejecutarlos, se encuentre en una situación de desequilibrio que justifique la existencia de protección. Así, por ejemplo, un albañil que contrata a un asistente y que presta sus servicios también con esta persona, no por este solo hecho tendrá que entenderse como alguien que no requiere de protección, ya que bien puede ser un emprendimiento donde quien lo contrata goce de un poder de negociación que haga necesaria la protección jurídica para ese albañil y su ayudante. Luego, no siempre el elemento de personalidad justificará que deba existir protección o no, ya que se encuentra infinidad de presupuestos que salen de ese paradigma.



Esto sucede igual con respecto a la subordinación<sup>152</sup>, sin duda puede el piloto de un equipo de Fórmula 1 estar sometido a un férreo control de sus actividades, recibir remuneración y realizar una prestación personal; mas puede tener un poder de negociación que impida considerarlo en desequilibrio y que por ende, no justifique la protección propia del Derecho del Trabajo.

De igual forma, bien se puede pensar en un persona que no cumpla horarios, direcciones, y en general, ninguno de los indicadores de la subordinación; pero que dependa tanto técnicamente de quien le contrata, que se encuentre en un desequilibrio tal que amerite la protección del Derecho. Por lo tanto, la idea de que si no hay subordinación, no existe desequilibrio, y que siempre que existe subordinación, existe una condición de inferioridad<sup>153</sup>; no es del todo cierta. La presunción falla tanto desde una perspectiva negativa como positiva.

En suma pues, las presunciones del Derecho del Trabajo para la protección se prueban falsas. Luego no podrá ser un argumento el que se afirme que los casos propuestos son raros; si lo pensamos, la casuística de los casos en que las presunciones del Derecho del Trabajo prueban ser fallidas<sup>154</sup> es casi infinita, como más adelante lo precisaré. De todas formas, no deja de ser atrevido discutir como falsas las presunciones centrales de un ordenamiento que casi universalmente se ha estructurado alrededor de las mismas<sup>155</sup>;

---

<sup>152</sup> We shall return shortly to the question of whether that is a justified assessment; if so, the binary divide could be regarded as a false dichotomy in the legal contractual construction of personal work relations. Suspending final judgment on that point for the time being, we proceed to indicate the grounds on which the binary divide might be regarded as, to say the least of it, a suspect dichotomy. We also identify some other problems which might be associated with that dichotomy; these are the difficulties of false unities, false symmetries, and false opposites. We proceed to elaborate upon all those possibly problematical features of the dual typology of personal work contracts. FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 107

<sup>153</sup> "...A partir del reconocimiento del contrato, se afirma la constante teórica de atribuir al Derecho del trabajo la condición de ser *un sistema aplicable a las relaciones de trabajo dependiente* con la singularidad de tratarse del único vínculo que coloca, aunque sólo sea por necesidad institucional, a un sujeto bajo la dependencia de otro sujeto y que legitima, de tal modo, una tipificante condición de inferioridad." GOLDIN, ADRIÁN. *El derecho del trabaj*. Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 94-98

<sup>154</sup> "...This bureaucracy of military-like subordination where control was a major function of management cannot operate suitably in today's world of work, which is characterized by (...) structures with horizontal lines of communication, self-regulation, and multi-skilling." VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 15

<sup>155</sup> "...Thus we come close to affirming that the binary divide has become a false dichotomy – a distinction which lawyers have to maintain and apply, and around which those engaged in personal work relations have to formulate their arrangements, because it is so deeply embedded in the legal ordering of personal

mas, justamente, la única posible forma para redefinir acertadamente la relación de trabajo que debe ser protegida por el Derecho del trabajo es atacar las causas que generan sus fallos, por más inexpugnables que estas se hayan considerado.

En todo caso y para lo que interesa dentro de este punto, queda ampliamente clarificado que –por su historia– el Derecho del Trabajo nació limitado solo para el grupo que lo fomentó, y que se fundó en presunciones que hoy son una falacia; lo cual es la razón principal por la que la construcción jurídica del Derecho del Trabajo es errada, y es el problema central que se debe considerar a la hora de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida.

### **8.3. CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CENTRAL DE LA PROBLEMÁTICA**

Una vez que se han precisado las falacias fundamentales sobre las que descansa el Derecho del Trabajo y la relación que fundamentalmente pretende proteger, menester principal será puntualizar cómo esto se manifiesta con respecto a la subordinación; lo mismo que requiere de un acápite especial, puesto que este es el concepto central y determinante casi a nivel universal para determinar si una relación de trabajo debe o no ser protegida<sup>156</sup>, de ahí la especial atención que se le confiere en esta investigación.

Sobre el tema, hay que recordar que la idea central sobre la que se ha asentado el Derecho

---

work relations, but one which has become largely self-referential and no longer anchored in social and economic practice not itself dictated by legal ordering. However, before arriving at a firm conclusion to that effect, we propose to subject that hypothesis to a comparative scrutiny, since we would have to be more cautious about viewing the binary divide as a false dichotomy if it turned out to be uniformly maintained throughout European legal systems.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 109.

<sup>156</sup> “...The universality of the employment relationship is such that even countries like Japan, far removed from most of the eighteenth- and nineteenth-century European historical vicissitudes, have eventually espoused a binary model of employment and the concept of subordinate employment. “According to prevailing academic opinion, the main characteristic of a worker under [art 9 of the Japanese Labour Standards Law] is the existence of a subordinate relationship with an employer.”” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 40.

del Trabajo, y en general su construcción jurídica, ha sido que si existe subordinación se produce desequilibrio en la contratación y por ende se debe aplicar el régimen jurídico de protección; lo cual, cuando más, llega a ser una verdad a medias ya que en una prestación de servicios personales puede haber muchos más supuestos en que existe desequilibrio sin que exista subordinación, por lo que la subordinación –lejos de ser el concepto central para determinar la protección– como máximo, debería llegar a ser uno de sus indicios<sup>157</sup>. Por lo tanto, esta presunción central del Derecho del Trabajo, no es acertada.

Más aún, inclusive desde una perspectiva filosófica, el concepto de la subordinación tiende a ser bastante impreciso puesto que en la organización del trabajo resulta bastante difícil encontrar prestaciones que sean estrictamente subordinadas o estrictamente independientes; de manera tal, que resulta bastante impreciso basar toda la determinación de que la relación de trabajo es la protegida, en virtud de un concepto que ni siquiera se manifiesta diáfano<sup>158</sup>; tan es así, que suele ser un concepto muy pocas veces definido en la legislación, y solo desarrollado en la jurisprudencia o la doctrina, por lo que, cuando menos, puede encontrarse que estamos ante un término que presenta una importante oscuridad.

---

<sup>157</sup> “...En un ejercicio elíptico, también pragmático se “hacia pie” en la faceta jurídica de la dependencia, la más aprehensible, para llegar, en realidad, al fenómeno siempre implícito del desequilibrio de los sujetos del contrato, manifestación conspicua de la desigualdad económica. Si el tipo así configurado tendiera a perder su carácter dominante, conservaría *apenas la condición de ser una de las variantes* en las que se manifiesta la fórmula que de verdad convoca la necesidad de un sistema de protección: [*trabajo humano + desigualdad contractual*]. Fórmula esta, hay que decirlo, que nada tiene de novedosa y que constituirá el rasgo verdaderamente definitorio. La necesidad de protección siempre tuvo su más profunda fundamentación en los términos de ese binomio; *lo novedoso (lo que hoy es posible advertir) es que la desigualdad contractual no necesariamente ha de encontrar por siempre en la faceta jurídica de la dependencia su más visible “alter ego” material, su condición de eficaz criterio intermediario.* (Con esta capacidad de anticipación que no termina nunca de sorprender, decía Deveali ¡hace casi 50 años! (Revista del Derecho del trabajo, 1953, p. 53), que “...es nuestra opinión que *el concepto de subordinación jurídica...está destinado a desaparecer...*”. Esa predicción no se fundamentaba en la posición relativa de los astros, sino en la idea de que “...el concepto de subordinación jurídica adoptado para caracterizar el contrato de trabajo no coincide siempre con el de hiposuficiencia, que constituye la verdadera ratio de la legislación laboral...” Léase: cuando ya no se verifique de modo sistemático la dominante coincidencia fáctica entre la desigualdad económica y la subordinación jurídica, este último criterio perderá su eficacia calificatoria; en ese momento (¿ha llegado ese momento?) habrá que “barajar y dar de nuevo”.) GOLDÍN, ADRIÁN. *El derecho del trabajo*. Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 94-98.

<sup>158</sup> SUPIOT, ALAIN. The Dogmatic Foundations of the Market. *International Law Journal*, Vol. 29, No. 4, 2000, p. 343.

Así, por ejemplo, incluso el contratista que se entienda más independiente, algún nivel de coordinación debe generar con la compañía contratante, y en este caso, se puede generar un tipo de subordinación o al menos alguna forma de dependencia. Igualmente, si pensamos en un agente de ventas subordinado, si este se desplaza a otros sitios, se verá muy difuminada la subordinación que exista, encontrándose una virtual independencia, por lo que tampoco estamos ante un concepto que claramente se produzca o no, como erradamente se asume a partir del modelo estándar para la determinación de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

Por lo tanto, frente a las presunciones falsas del Derecho del Trabajo, una de las más erradas es aquella por la cual se asume que la existencia de subordinación siempre genera desequilibrio en la relación, y en cambio, la ausencia de esta supone que estemos ante iguales, como si se tratase de un silogismo que no admite ninguna prueba en contra<sup>159</sup>; lo cual sin duda no es cierto. Se asume erradamente que solo el trabajo subordinado debe protegerse y que por consiguiente este es el único trabajo, lo demás ni siquiera adquiere la categoría de trabajo<sup>160</sup>; lo que es aún más extremo, ya que se usurpa la palabra “trabajo”, para aplicarla solamente a un tipo de actividad, cosa que además supone una confusión en la denominación de la disciplina, que como se ha analizado, en sí misma ya genera no pocos equívocos. Entonces, para lo que corresponde a este apartado, sí será fundamental encontrar que el concepto de subordinación no presenta soluciones claras a la hora de determinar cuál es la relación de trabajo que jurídicamente debe ser protegida.

Al respecto, tan evidente es este hecho que no pocas veces son aquellas que han concluido que el concepto de la subordinación como elemento para definir la relación de trabajo que se encuentra protegida, se encuentra claramente colapsado ante la cantidad de relaciones de trabajo que se encuentran por fuera de su ámbito de aplicación.

Luego, el hecho de que el concepto de subordinación se haya visto rebasado, no solo

---

<sup>159</sup> “...De cualquier manera, para determinar la presencia de la subordinación en cada situación no existe una fórmula exacta que, mediante un silogismo lógico, permita inferir o descartar la existencia de aquélla.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 46.

<sup>160</sup> GAROFALO, MARIO. *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, en VVAA. *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*. 2 vol., Bari: Cacucci Editore, 1999, pág. 471; Cfr. PEDRAZZOLI, MARCELLO. *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriale*, n. 79, 1998, pág. 769.

tiene relación con el supuesto de que las nuevas figuras laborales no hayan podido ser previstas por un concepto que cada vez se siente más añejo y que no ha podido regular nuevas situaciones que, por el ingenio del ser humano, se han creado como formas de organizar el trabajo y que exceden el concepto de subordinación sin pretender hacerlo; sino como el resultado del avance técnico de las diversas actividades que desempeñan hombres y mujeres. Sin duda, creo que esta es la explicación más optimista y común, aunque de todas formas, este trabajo ensaya una explicación menos ortodoxa que tiene más relación con el hecho de que existe un gran premio al empresario para constituir relaciones donde retenga el poder, pero escape de la subordinación.

Sobre el tema, los ordenamientos jurídicos –y en particular el ecuatoriano– confieren un gran premio a aquel empleador que ingenie formas para salir de la subordinación.<sup>161</sup> Así pues, dentro de la subordinación existe una multitud de normas protectoras que debe cumplir el patrono, mientras que si logra que la misma relación se enmarque dentro de una relación autónoma, tendrá la ventaja de verse exento del cumplimiento de todo el ordenamiento protector del Derecho del Trabajo.

Claramente, el empresario tenderá a buscar los mecanismos para que las relaciones de trabajo que se constituyan no caigan dentro de la figura de la subordinación, no tanto por la idea clásica –de los pensadores sociales– de que el empleador siempre tiene a una suerte de maldad, sino por el contrario, porque el Derecho del Trabajo, al dejar de regular una parcela tan importante y cercana como las relaciones autónomas, invita como una solución lógica para el empleador, a realizar un escape hacia el ordenamiento aplicable a la autonomía<sup>162</sup>; lo que se hace como un intento natural y evidente de maximizar los beneficios, esto es, una clara aplicación del teorema de Coase.

---

<sup>161</sup> “...A growing number of tasks can be performed autonomously or with legal subordination, so entrepreneurs can choose to celebrate a labour contact or a commercial or civil contract. The choice of one or other form of recruitment is even more attractive given the disparity of protection.” LAMBELHO, ANA. *Rethinking the boundaries of labour law regarding the need of regulation of independent work*. Leiria (Portugal): Escola Superior de Tecnologia e Gestaõ, Instituto Politecnico de Leiria, 2013, págs. 2-3.

<sup>162</sup> “...The result is inevitable. If law pins different status to the boundaries of employment—wherever, and however broadly, it draws those boundaries— it invites employers, workers, and their organisations (e.g. Restaurant Opportunities Center) to treat that boundary strategically. Which they do. When labour market regulation is followed by increased informalisation or self-employment, this is not a regrettable and unforeseeable by-product of regulation. Rather, it demonstrates the rationality of employers and employees.” HYDE, ALAN. *The boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 48.

Es decir, que la propia configuración del ordenamiento jurídico laboral es el germen de su mal funcionamiento, ya que al dejar casi completamente desregulado al trabajo autónomo, impulsa la utilización de esta figura, y por ende —en la práctica— el concepto de la subordinación deviene en obsoleto, ya que él mismo impulsa que así suceda. Siempre que se cree una división binaria de personas relativamente equiparables, donde en un grupo existe extrema regulación y en otro una muy mínima, la tendencia evidente será a que el mercado ingenie formas de incluirse en el régimen de menor regulación.

No es pues, sólo que las relaciones de trabajo han ido mutando pacíficamente y casi como una evolución natural hacia relaciones de trabajo autónomo<sup>163</sup> —que según una buena corriente doctrinaria, habrían aparecido por generación casi espontánea<sup>164</sup>—, sin que la subordinación haya podido hacer nada para regularlas, configurando un claro caso de fuerza mayor que sirve para exculpar a la inocente subordinación de su error como concepto que nace desde su creación; se trata de decir que el ordenamiento jurídico laboral no ha sido tan equivocado y en realidad, lo que se observa puede ser una clara explicación de que cada vez el concepto de subordinación se ve más rebasado, y esta es que, al dejar de lado de la regulación de todas las personas que no se consideren subordinadas, existe un claro impulso a que la prestación de servicios se desarrolle de manera que se no se encuadre en la relación de subordinación, sino que se incluya dentro del régimen de autonomía.

Tal como se ha dicho, el concepto de la subordinación y su inflexibilidad ha provocado una huida de las relaciones de trabajo hacia otras figuras que guardan la promesa —para el empleador— de gozar de un ordenamiento jurídico, como el propio para los autónomos, que les libera de una importante cantidad de obligaciones. Estamos ante el caso de que

---

<sup>163</sup> “...La subordinación, por medio de la cual se había definido el trabajado asalariado, no ha dejado de diluirse, y no ofrece ya un criterio jurídico propio para abrazar la diversidad de situaciones de trabajo. En efecto, a medida que el trabajo dependiente se ha extendido en la sociedad, ha englobado actividades cuyo ejercicio requiere de una cierta libertad de trabajo. Y las formas mismas de organización del trabajo, el progreso técnico, llevan a conceder una parte creciente de iniciativa y de responsabilidad en el cumplimiento de gran parte de funciones.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 290

<sup>164</sup> “...Es la crisis de la subordinación como criterio para determinar el ámbito del Derecho del Trabajo, crisis inducida por las nuevas fórmulas productivas, como la externalización, el trabajo telemático o el trabajo funcionalmente integrado.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 86.

la subordinación no es inocente, sino que se ha constituido en la asesina de la misma subordinación, como concepto útil para definir quién tiene que ser protegido por el Derecho del Trabajo. Claro está, lo mismo sucedería si se utiliza cualquier concepto para definir la protección, y se deja desregulado todo aquello que no se enmarque dentro de ese concepto.

Así pues, el empleador ha pasado a convertirse en un genio de la creación de mecanismos de control que no impliquen subordinación, justamente para no caer dentro del sistema protector que, lejos de hacer un análisis más realista para su aplicación o no, se limitó a observar si se cumple con unos elementos, que como se ha visto, no siempre implican la necesidad de protección.

Por ejemplo, las formas de control han dejado de asimilarse a la típica subordinación que se ejercita por el empleador durante la ejecución de la prestación, –tales como horario o direcciones en cuanto a su cumplimiento– para pasar a realizarse al final de la prestación<sup>165</sup>, bajo el cumplimiento de una variedad de indicadores de gestión que ponen al trabajador en un control que no se asume como propio de la subordinación<sup>166</sup>; aunque muchas veces, este es incluso más férreo. Esto pues, provoca que puedan existir varias formas de control absoluto de la prestación que se recibe, que generen un desequilibrio que amerite protección, pero al no presentarse la subordinación, el ordenamiento jurídico laboral no se aplica. De ahí que el concepto de subordinación ha dejado de tener sentido como definidor central de aquellas relaciones de trabajo que tienen que ser protegidas.<sup>167</sup>

Este colapso del criterio de subordinación ha provocado una serie de consecuencias perniciosas en el ordenamiento jurídico laboral, que progresivamente, ha presentado

---

<sup>165</sup> “...The control power affords employers with possibility of monitoring how working activities are discharged, thus eventually allowing the also to adjust such activities if needed, also by making recourse to directional power. At the same time, there are types of contracts where the power to check how counterparts duties are discharged is usually exerted at the end and not during the period of the performance.” CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 18.

<sup>166</sup> MORALES, MA. ASCENSIÓN. *La desformalización interna del contrato de trabajo en México*; en KURCZYN, PATRICIA. (COORD.) *¿Hacia un nuevo Derecho del Trabajo?*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, págs. 50-53.

<sup>167</sup> “...dichotomy between employment and self-employment, a source of unequal treatment that appears less and less justifiable, suggests that it is necessary to redefine the qualifying criteria for self-employment and re-examine the relative protections given to the employed and self-employed.” STONE, KATHERIN. *The boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 174.

grandes fallos que obligan a replantearlo. A continuación pues, procedo a efectuar una relación de aquellas principales consecuencias que se han generado a partir de esta situación.

#### 8.4. CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN

Todo lo señalado, entonces, ha provocado que exista una variedad de situaciones que no se encuentran previstas por la subordinación y que generan una multiplicidad de problemas que no son atendidos por el Derecho del Trabajo; o que, en su defecto, son solventados con respuestas erradas. Entonces, hay yerros en la protección que genera la subordinación por poca protección, pero también por exceso de tuición cuando esta no es necesaria<sup>168 169</sup>; todo lo cual procedo a describir.

Así, por un lado están aquellas situaciones en que se producen prestaciones personales y remuneradas que si bien generan desequilibrio y la posibilidad de que se impongan condiciones por parte del empleador, por otra parte, no son protegidas, ya que el Derecho del Trabajo entiende que solo habrá desequilibrio cuando exista subordinación.<sup>170</sup> Es decir, se encuentran, en general, aquellas situaciones que presentan un desequilibrio en la relación de prestación de servicios aunque no se configuran todos los elementos que el Derecho del Trabajo asume como indispensables para generar protección.

De otro lado, el otro gran fallo que se produce está relacionado con aquellas relaciones de trabajo que, si bien configuran los elementos previstos para que se genere protección –entre los que se incluye ciertamente la subordinación–, en realidad no requieren de un ordenamiento jurídico que los proteja, ya que, en la práctica, quien presta el servicio

---

<sup>168</sup> “...A medida que retroceden, de este modo, antiguas divisiones que se fundaban en la naturaleza de las tareas y en la referencia al trabajo concreto, surgen nuevas fuentes de fragmentación jurídica del mundo del trabajo. Esta gramantación se observa en los dos extremos de la jerarquía de los trabajadores: hacia abajo, por el desarrollo del trabajo atípico y hacia arriba, por la aparición de una figura curiosa; el alto cargo. El aspecto más preocupante de la evolución es que se extienden las garantías del derecho del trabajo allí donde parecen menos necesaria, y se retiran allí donde no ofrece duda su necesidad.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 52.

<sup>169</sup> DAVIDOV, GUY. *Boundaries and Frontiers Labour Law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 1.

<sup>170</sup> VETTORI, STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 19.



tiene un poder de negociación que impide que el empleador pueda imponerle condiciones lesivas.

Al respecto, comienzo por describir aquellas personas que requiriendo de protección no la gozan por aplicación de los elementos clásicos para definir la relación del trabajo protegida. Sobre el tema, puede verse, en general, a los trabajadores autónomos, este colectivo, que si bien está conformado por una variedad de trabajadores completamente disímiles –desde el alto director de una compañía hasta el carpintero al que se le encarga la restauración de unos muebles– sin duda, en ciertos casos, presenta situaciones donde se requiere de protección<sup>171</sup>, misma que no es prevista porque no se cumple con el estándar rígido de presunciones establecido por el Derecho del Trabajo clásico.

Por ejemplo, no se podrá decir que un carpintero –que tiene pocos clientes– al prestar sus servicios, no requiera de un régimen de protección; más aún si se considera que en varios casos puede tener ingresos, y en general, una situación muy inferior que la del dependiente. Este es sin duda, un colectivo no atendido, es decir, aquel de los autónomos de bajos ingresos y de baja ocupación.

Más allá y sin ir tan lejos, muchas veces, quien se encuentra dependiendo de otra persona pero no bajo subordinación, no encuentra ningún tipo de protección. Tal como se ha señalado, la subordinación fundamentalmente supone que una persona se encuentra sometida a la organización administrativa de un empleador; es decir, que se encuentra sometida a horarios y dirección en la ejecución de su trabajo.<sup>172</sup>

Pero por ejemplo ¿qué pasa con ese trabajador que, sin tener subordinación, depende para la realización de su trabajo de quien lo encarga, puesto que quien contrata el trabajo es la única persona que cuenta con los materiales indispensables para realizarlo? como

---

<sup>171</sup> “...La proliferación de autónomos ha planteado una zona de fricción con el Derecho del Trabajo en lo referente a los colaboradores independientes, pues su proximidad con los trabajadores subordinados llega a ser de tal magnitud que se les considera como sustitutos funcionales de estos.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 385.

<sup>172</sup> “...New working practices came to lawyers attention the did not easily fit into either employment or self employment. In particular, they embodied new forms of integration of work in business organizations whereby the coordination exerted by firms upon the relevant workers did not match all the elements hierarchical power as construed by legal experts and case law.” CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág 3.

por ejemplo cuando el contratante es el único representante de un componente electrónico indispensable para la elaboración de un tarjeta madre de un computador que es el único servicio que presta el trabajador. En este caso, ya que no existe subordinación, no hay protección porque pese a que existe una suerte de dependencia por materiales, resulta irrelevante para el Derecho; aun cuando en realidad, es evidente el desequilibrio en la relación contractual de quien depende –para el cumplimiento de su prestación– totalmente de los materiales que tienen como única fuente el contratante del servicio.

En general pues, siempre que no exista subordinación –aunque se produzca cualquiera de las dependencias que previamente se han detallado en este trabajo–, no existirá protección; lo que sin duda resulta un sin sentido, ya que se deja a un gran colectivo fuera de la protección por el solo hecho de no caer en el estricto concepto de la subordinación<sup>173</sup>. Esta situación también se produce, por ejemplo, en el caso del teletrabajador al que no se controla en la ejecución del trabajo, y quien puede prestar sus servicios incluso fuera del local del empleador; este teletrabajador –que incluso puede ser controlado en tiempo real por mecanismos informáticos–, por no encuadrarse en el elemento de subordinación podría estar desprotegido, como termina sucediendo en el Ecuador por ejemplo; donde aunque cuando presenta un control más férreo que el de la subordinación, ya que no se configura este elemento, no es protegido por el régimen laboral ecuatoriano.

Por lo tanto, existen dos grandes casos en los que la subordinación impide que se genere protección a aquellos que pudiendo requerirla –por estar en desigualdad de condiciones–, se ven relegados del régimen protector del Derecho del Trabajo. Así, por una parte

---

<sup>173</sup> “...Neither exclusion nor inclusion could be determine taking into account the mere written or oral declaration of the parties, since courts- in the majority of jurisdictions. Must rely principally on the factual circumstances and characteristics of the relevant relationship. As we will see in the following chapters, in order to avoid a borderless expansion of the scope of employment, labour courts initially adopted a rigorous and narrow approach whereby directional- and accordingly, hierarchical- power was deemed present only where the worker was subject to directional, organizational and disciplinary control of the relevant employer, this being shown by the issue of specific orders and by the exertion of an assiduous monitoring and control of the working activity. Yet this approach carried the risk of excluding from the scope of the employment relationship and from the relevant legal protection a wide range of working activities that – due to the abovementioned change in the production system- did not display such stringent characteristics yet nonetheless deserved such a legal protection on the basis of a systematic construction of labour regulations.” CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág 3.

encontramos el caso de los trabajadores autónomos propiamente dichos, es decir en el que no se encuentra visio ni de subordinación, ni tampoco algún tipo de dependencia en un sentido amplio; pero que de todas formas se presta servicios personales por una remuneración y en desequilibrio y que por el hecho de que no existe ningún tipo de subordinación, ni de dependencia, se encuentran fuera del régimen de protección.

Una segunda gran categoría corresponde a quienes realmente no son autónomos, ya que se configura algún tipo de dependencia; más se encuentran desprotegidos porque su relación no es exactamente la de subordinación, entendiéndola solamente como un tipo de dependencia administrativa. Esto ha provocado que se cree una gran variedad de mecanismos para establecer dependencia sin que se configure subordinación, de manera tal, que se obtenga el encasillamiento de la relación de trabajo en una de aquellas en que no se genera protección.

Además de esta problemática, también habrá que encontrar que existe otro grupo de trabajadores que no requiere de protección, pese a lo cual –por la aplicación del sistema de la subordinación– la gozan. Este es el caso de los trabajadores que si bien prestan servicios personales, perciben una remuneración, y se encuentran subordinados; de todas formas han alcanzado un nivel de especialización o de desarrollo a cualquier nivel, que gozan de un equilibrio con respecto a la persona que los contrata, que hace que el régimen protector se vuelva innecesario<sup>174</sup>, ya que en estas situaciones será muy difícil afirmar que estamos ante trabajadores precarizados que requieren de una protección adicional<sup>175</sup>. Más aún, es muy probable que puedan lograr en su negociación contractual, condiciones mucho mejores que las previstas por una ley protectora, aun cuando, en la práctica, en su relación de trabajo se configuran los elementos que hacen que el Derecho del Trabajo se les aplique injustamente.

Estos pues, son los tres primordiales casos en que la subordinación no presenta una solución y se dan los principales fallos que esta genera. Prácticamente, cualquier fallo

---

<sup>174</sup> “...On the other hand, as he also indicates, most vulnerable workers ‘in need of protection’ cannot afford to sue, so that ironically the prime beneficiaries of worker-friendly common law doctrines tend to be relatively affluent managerial, technical and professional employees.” ARTHURS, HARRY. *The boundaries and frontiers labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 380

<sup>175</sup> FUDGE, JUDY. *The boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 296.

relacionado con la subordinación puede enmarcarse dentro de una de estas categorías.

Adicionalmente, también se generan fallos, en cuanto a la protección, por la aplicación de los demás elementos necesarios para que exista la protección de la relación de trabajo. Así, en lo que tiene relación con la remuneración, tal como ya se puntualizó, dado que es indispensable que exista un interés de onerosidad para que exista protección, si el mismo no se produce no habrá protección, aun cuando no son pocos los casos en que una actividad gratuita puede justificar ser protegida. Sobre el tema, si bien se genera un fallo con respecto a esta posibilidad sin duda, no es uno de los que genera mayores problemas; por lo que al momento de redefinir la relación de trabajo que se encuentra protegida, esta investigación se centrará mayormente en el tema de la subordinación.

Igualmente, con respecto al elemento de personalidad, también pueden producirse fallos en cuanto existan relaciones de trabajo que por el solo hecho de no ser personales no se encuentren protegidas; aunque encuentren vulnerabilidad. Así, por ejemplo, un empresario puede prestar servicios ayudado de un grupo de personas, aunque en un estado de precariedad tal que será muy difícil señalar que no requiera de protección.<sup>176</sup> Sin duda, estos casos no son tan comunes –como los errores en cuanto a la aplicación, que se producen con respecto a la subordinación–, por lo que sobre los mismos tampoco se hará mayor referencia; pese a lo cual, al momento de referir una propuesta de reformulación de la relación de trabajo protegida, también serán considerados, ya que todas estas fallas finalmente dejan a un gran grupo de trabajadores por fuera de la protección provista por el Derecho del Trabajo.<sup>177</sup>

A su vez, entre los posibles fallos que se encuentran en cuanto a la definición de la relación de trabajo protegida –además de los señalados–, uno de los que no se solventa

---

<sup>176</sup> “...Y no se trata únicamente de la irrelevancia del empleo ajeno para marcar una diferencia. La personalización de las estructuras empresariales depende en buena parte del tipo de actividad económica a la que se dedica el autónomo, hasta el extremo de que un pequeño empresario con un numeroso plantel de empleados puede hallarse a un mayor nivel de proletarización que el reseñable en un autónomo sin auxiliares.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 383.

<sup>177</sup> “...One dimension and cause of this dramatic situation is changes in the empirical reality of the world of work which result in millions of workers throughout the world finding themselves outside the scope of labour law.” DAVIDOV, GUY. *Employee as a viable (Though Over-used)*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 147.

en esta investigación es aquel que tiene relación con la definición de quién se considera empleador, especialmente por la figura del denominado outsourcing<sup>178</sup>; tema que a diferencia con lo que sucede en muchas legislaciones, en el Ecuador no presenta mayores conflictos por lo que a la hora de definir la relación de trabajo que tiene que protegerse no será considerado. De cualquier forma, sí procedo a referirme a la solución que al respecto ha previsto el ordenamiento jurídico ecuatoriano con respecto a la definición del empleador, para de esa manera acotar más precisamente el punto de inicio desde el que se desarrollará la redefinición de la relación protegida por el Derecho del Trabajo, y para justificar la razón por la que este punto no merece mayor análisis al momento de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador.

## **8.5. LA CRISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL EMPLEADOR EN EL ECUADOR**

Dentro del Ecuador, la principal necesidad de reformulación del Derecho del Trabajo nace a partir de modificar los elementos que necesitan producirse para que se proteja la relación de laboral, ya que estos son los que presentan los mayores fallos a la hora de determinar qué personas tienen que estar protegidos o no por el Derecho del Trabajo.

Esto deja de lado la problemática que se produce a partir de la definición de la persona

---

<sup>178</sup> "...Outsourcing' refers to a situation where an employer reverts to making use of an outside contractor to provide certain services that were until then provided by employees of the organisation. The employer then 'outsources' services that are peripheral to the 'core' business of the employer to the 'sub-contractor'. Such non-core functions include services such as catering, cleaning, security, maintenance and transport. 'Homework' is a form of sub-contracting. With homework the work is done in someone's home and it is usually women who do the work. In short, with sub-contracting the contract of employment is replaced by a commercial contract. In this way the employer or 'core-enterprise' is relieved of its duties imposed by labour legislation with regard to the workers that perform the non-core functions because they do not qualify as 'employees' of that enterprise. Another means of escaping statutory obligations is by making use of a temporary employment service (hereinafter TES). In other words, workers are employed by an intermediary, and not by the core-enterprise. In this situation the core-enterprise is referred to as the 'client' or 'user' and a 'triangular' employment relationship is created. Outsourcing, sub-contracting, homework and the use of TESs are all forms of 'externalisation'. Externalisation results in a situation where the employment relationship is not regulated. This is termed 'informalisation.'" VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 158.

que se considerará como empleador dentro del Derecho ecuatoriano; más la pregunta es ¿por qué, dentro del Derecho ecuatoriano, no es un problema sustancial la definición del empleador, tal como sucede en muchas legislaciones?, pregunta esta que se resolverá dentro de este apartado.

Al respecto, antes de solucionar la pregunta previa, es indispensable conocer cuáles son los problemas que han surgido en cuanto a la definición del empleador para encontrar por qué no se configuran los mismos dentro del Derecho ecuatoriano. Uno de los principales conflictos que se presenta en torno a la definición de quién se considera empleador, parte del hecho de que la relación de trabajo se ha considerado, en la mayoría de legislaciones, como una relación donde el lado del patrono está compuesto ordinariamente por una sola persona<sup>179</sup>, que sería la única obligada al cumplimiento de las obligaciones laborales; de tal manera que se generaría un conflicto cuando el servicio se preste en beneficio de varias personas.<sup>180</sup>

Sobre el tema, el Derecho del Trabajo en el Ecuador contiene una norma que soluciona claramente este conflicto, al respecto el artículo 10 del Código de Trabajo señala:

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

El Código de Trabajo ecuatoriano entonces, en nada limita la posibilidad de que existan varios empleadores; por lo tanto, este dilema no se produce. Igualmente, ya sea que una persona ordena la ejecución de un trabajo o se beneficie del mismo será considerado empleador; por lo que la definición del mismo tiende a ser bastante amplia y justa en cuanto a determinar quién tiene que asumir las obligaciones con respecto al trabajador.

---

<sup>179</sup> “...Especially important is the way in which contractual constructions of employment relations largely insist upon an analysis of those relations as bilateral ones between an individual employee and an individual ‘employer’” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 164.

<sup>180</sup> “The first problem is the older problem and stems mainly, if not entirely, from the fact that the typical employer of any size in the private sector is a company and that most corporate businesses above a very modest size are operated not through a single company but as a group of companies.” BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004, pág. 136.

De ahí, que no se genera este dilema típico de muchos ordenamientos jurídicos, como sucede con el ordenamiento jurídico inglés donde el hecho de que se genere un contrato bilateral determina que el empleador se considere solo quien celebra el contrato; lo que provoca que existan personas que se beneficien del trabajo pero que no asuman las obligaciones –con los trabajadores– que se generan del mismo. Situación que, como se ha visto, no sucede en el Ecuador, ya que, tanto por cuenta de quien se realiza el trabajo como el que ordena la prestación del servicio es empleador, sin que, además, exista límite alguno en cuanto a la cantidad de personas que pueden considerarse como empleadores; por lo que, tanto quien ordena la ejecución de un trabajo apareciendo como empleador en el contrato, como quien se beneficia del mismo será empleador, de manera tal, que la relación de trabajo no deja de existir ni se modifica sustancialmente por el hecho de que exista una pluralidad de empleadores; cosa que implica que no se produzca este problema dentro del ordenamiento laboral ecuatoriano.

A su vez, no solo que existe amplitud al momento de determinar quién será el empleador, también el Código de Trabajo en el Ecuador, a la hora de establecer los obligados a cumplir los beneficios a favor de los trabajadores es bastante amplio; así pues, además de lo señalado, el artículo 36 del Código de Trabajo establece:

*“Art. 36.- Representantes de los empleadores.- Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.*

*El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.”*

Por lo tanto, además de ser el empleador en beneficio de quien se ejecute el trabajo, y quien lo ordena, también son representantes solidarios del cumplimiento de las obligaciones propias del patrono, los representantes del empleador, inclusive –como se ve– sin que exista poder de representación; por lo que la definición del empleador y en general del obligado a cumplir las obligaciones propias del patrono, es determinada en un sentido amplio, lo que impide que existan mayores supuestos donde aparezca una

persona que en realidad deba asumir las obligaciones del empleador, pero que se vea exento de su cumplimiento por la creación de algún artificio jurídico por el cual una persona asuma las obligaciones del mismo pero realmente otra, que es la que en realidad se beneficia; quede exenta de las obligaciones previstas por el ordenamiento laboral.

Estas definiciones suponen superar el tradicional análisis que se produce en muchas legislaciones, donde para determinar si una persona es empleadora se observa si realmente tiene poder de dirección de las actividades del trabajador<sup>181</sup>, cuando realmente si se beneficia del trabajo, todo indica que efectivamente es la parte empleadora, más allá de la dirección, que si bien puede ser un indicador, no necesariamente debería ser el indicio único para determinar quién es empleador; lo cual una vez más sucede, ya que al tener como elemento principal para determinar cuál es la relación protegida a la subordinación, muchas veces no se observan otros elementos que pueden determinar si una persona es o no empleador razonablemente –como el solo acto de beneficiarse de trabajo–, hecho que por el contrario, en el Ecuador sí ocurre, de forma tal que no se produce este fallo propio de varias legislaciones.

En general, esta solución normativa disminuye el intríngulis jurídico que puede producirse para el trabajador, que si bien puede prestar un servicio, podría encontrarse en la situación de desconocer quién debe asumir sus obligaciones como empleador, toda vez que al ser la definición de empleador restringida, muy probablemente se haya construido un entramado que impida determinar el empleador; lo que deja al trabajador sin posibilidad de reclamar sus beneficios.<sup>182 183</sup>

---

<sup>181</sup> “Much case law is related to the necessity to find the employer who has the real power of decision and has to be declared responsible for the decisions taken relating to the individual as well as to collective rights and relations at plant level. With a far broader perspective and a philosophical point of view, the definition of ‘indirect employer’ has been considered as questioning the role of the state and its responsibility in implementing a policy favouring employment.” JAVILLIER, JEAN. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 363.

<sup>182</sup> “Today, the terms *labyrinth* and *network* describe better than any others the structure of many companies, especially transnational enterprises, and that of the organization of work within them.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág 61.

<sup>183</sup> “...The consequence is that very often the worker will find herself in a contractual limbo whereby she will not satisfy all the tests necessary to be considered an employee of the agency, normally paying her remuneration, nor all the requirements necessary to establish a contract of employment with the user enterprise, into whose business she is visibly integrated.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the*



Adicionalmente, otro de los grandes problemas que se produce al momento de definir quién es el empleador tiene relación con los supuestos de *outsourcing*, en los cuales si bien una persona podría beneficiarse del trabajo de otras, estará exenta del cumplimiento de las obligaciones laborales, puesto que contrata algunas prestaciones por intermedio de terceras compañías que son quienes adquieren las obligaciones con los trabajadores; evitándose así, al usuario de ese servicio, responder por las obligaciones de los trabajadores que lo generan.<sup>184</sup>

En este caso, en el Ecuador, aún la solución es más sencilla; al respecto, la Constitución de la República dice:

*“Art. 327.- La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.*

*Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”*

Por lo tanto, en el Ecuador se encuentra prohibida tanto la tercerización como la intermediación —que son los casos más claros en que suele producirse el *outsourcing*— de tal manera que este problema, en realidad, dentro del Derecho Laboral ecuatoriano por mandato constitucional, no se genera.

---

*employment relationship. Comparative Analyses in the European context.* Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 52

<sup>184</sup> “That is to say, the system tends to require bilaterality as a condition for the recognition of contracts of employment, but does not seem committed to imposing the conclusion that this condition is satisfied wherever an employment relation factually exists. So the triangulation, or the more elaborate multilateralization, of an employment relation may easily have the result that there is held to be no contract of employment between the worker and the enterprise which is factually the main employer, and may even have the result that there is held to be no contract of employment between the worker and any of the persons or enterprises involved. (...) The first is that the tribunals and courts seem not to hesitate to hold that there is no contract of employment with one of the possible employers even where that may produce the outcome that the worker has no contractual employment status with any employer, and indeed no contractual status at all.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations.* Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 166.

En todo caso, bien vale precisar qué se entendía, dentro del Derecho Laboral Ecuatoriano, como tercerización e intermediación. Así pues la Ley 48-2006 hoy derogada, que era la que definía estas actividades señalaba en su artículo 1:

*“b) Tercerización de Servicios Complementarios.- Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.”*

Por lo tanto, en el Ecuador se encuentra prohibido contratar a una persona para la prestación de servicios que deberían ser ejecutados por la contratante ya que, en el fondo, al dejar de realizar estas actividades la contratante y encargarlas a un tercero, se libera de las obligaciones laborales.

A este respecto, solamente se permite la contratación de servicios técnicos especializados, que de acuerdo a la disposición general segunda del Mandato Constituyente No 8 son:

*“SEGUNDA: Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoria, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.”*

Es decir, que se puede mantener relaciones con contratistas en la medida que se requieran servicios ajenos a las actividades propias de la contratante, en general, tendrán que entenderse aquellos que vayan más allá de su objeto social o de las actividades ordinarias del giro de negocios de la persona natural. No se puede, por tanto, contratar a una persona para que realice lo mismo que debería ser ejecutado por la persona natural o jurídica

usuaria, analizado desde el giro ordinario de sus actividades.

Sobre el tema, si bien es cierto que estamos ante una medida que puede considerarse como extrema, en consideración de que la subcontratación en todas sus formas es parte esencial del desarrollo mercantil mundial en la actualidad<sup>185</sup>; la razón de la misma yace en el hecho de que ninguna persona puede generar un emprendimiento, pero a la vez proceder a contratar a otra persona para ejecutar ese emprendimiento, con la única intención de liberarse de las obligaciones laborales que adquiriría al dedicarse el usuario a ejecutar por sí mismo el servicio.

Esta disposición, así vista, realmente no resulta chocante, ya que si se analiza el tema a fondo podrá observarse que si una persona considera que realizará una actividad y por ese hecho entra dentro del giro de negocios, resulta connatural que se dedique a la ejecución de la actividad que supuestamente supone su giro de negocio y que asuma los derechos y obligaciones que conllevan la realización de tal emprendimiento.

Si un persona, por ejemplo, decide que va a producir cocinas, siendo este su giro de negocio resulta poco justificable que contrate a un tercero para tal efecto; lo que supondría primero que en realidad no piensa con cumplir el giro de su negocio, así como también significa que pretende esa contratación para evitarse el costo laboral que implicaría realizar esa actividad; mismo que evidentemente supone una acción que por lo menos aparenta ser una simulación.

Luego, es una cosa muy diferente que una persona contrate a otra para recibir prestaciones de servicios que no sean parte de su giro de negocio. En este caso, es razonable que se contrate a un tercero, ya que no se supone que el usuario tiene experticia para realizar la ejecución del servicio; por lo tanto, se beneficia de la especialización que se adquiere de la división de tareas que existe en la economía del conocimiento y por ende, puede contratar con una persona más eficiente en una actividad para la que no se encuentra preparado ni perfeccionado.

El objeto de esta contratación no es evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales;

---

<sup>185</sup>SANGUINETI, WILFREDO. *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas* Lima: Grijley, 2013, págs. 178-182.

el fin, entonces, de la contratación de servicios técnicos especializados, es contratar una actividad que en realidad no se puede ejecutar por la empresa usuaria o contratante del servicio, ya que no es parte directo del giro de negocio. Por ende, esta solución evita la evasión del cumplimiento de las obligaciones laborales.

Si bien se dirá que la evasión de las obligaciones laborales es un mecanismo que permite ser competitivo por la vía de la tercerización, como un argumento para afirmar que esta actividad no debía ser prohibida, al respecto podría señalar que no se puede alegar que el único –o central– mecanismo para ser eficiente supone la evasión del ordenamiento jurídico. Bajo ese razonamiento, también tendría que decirse que para que una empresa sea eficiente es lógico que evada el ordenamiento tributario; lo que sin duda carece de sentido.

Luego, si lo que se considera es que el ordenamiento laboral y su cumplimiento es muy oneroso, no se debería legalizar los mecanismos de simulación para su evasión; sino por el contrario, se debería disminuir el quantum de las obligaciones laborales hasta un punto en que se consideren manejables, mas no tiene sentido que se premie al evasor, legalizando su mecanismo de evasión y por otra parte penando al que no terceriza, que tendrá mayores costos por el hecho de dedicarse, con sus propios trabajadores, a realizar las actividades propias de su giro.

Si una persona decide ingresar al comercio –con un determinado giro de negocio–, lo menos que debe hacer es cumplir con la actividad que dice realizará, si contrata a terceros para la ejecución de lo que debería ejecutar, pierde en sí mismo el sentido de ese agente del mercado. Por lo tanto, estoy de acuerdo con que se haya prohibido la tercerización desde esta perspectiva, ya que limita un claro fallo del Derecho del Trabajo que produce que una empresa, mediante un artificio jurídico, logre que otra persona cumpla con su giro del negocio, con la única intención de evitar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Esto, de todas formas no significa que la forma en que se permite la contratación de servicios en el Ecuador se encuentre bien regulada, ya que al prohibirse la tercerización se creó la figura de la contratación de Servicios Tecnicos Especializados, que en ciertos casos –como en el de exigir que la prestadora del servicio jamás ingrese a las instalaciones de la usuaria– resulta extremadamente limitante; lo que provoca que, en la práctica, sea casi imposible que en el Ecuador legalmente se contraten servicios

especializados con otras empresas, puesto que casi siempre se entenderá una violación normativa, cuando en realidad, siempre que no suponga un mecanismo de evasión del ordenamiento laboral, este tipo de contratación se encuentra plenamente justificado como un mecanismo que permite la división del trabajo en virtud de la especialización que cada industria puede presentar en particular, lo cual es plenamente lícito y deseable.

Por otra parte y en cuanto a la intermediación, la Ley 48-2006, señalaba en su artículo 1:

*“Intermediación Laboral.- Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución”*

De esta forma, en el Ecuador se encuentra prohibido contratar a una persona con la única intención de que la contratista provea de trabajadores a la empresa usuaria. En este caso, ni siquiera se observa un mecanismo de simulación; es aquí que se ve que la actividad por la cual la empresa usuaria pretende tener trabajadores sin tener que cumplir con las obligaciones que estos generan, es claramente una evasión del cumplimiento de la norma jurídica.

Así pues, la intermediaria, al ser la encargada del cumplimiento de las obligaciones laborales, permite que la usuaria –pese a que tiene trabajadores a su disposición– no tenga que cumplir con las responsabilidades propias del empleador. Se crea, entonces, el dilema de la empresa sin trabajadores, o al menos una situación donde por el solo hecho de contratar a terceros para algunas prestaciones, se permite contar con trabajadores que gocen de menores derechos que la plantilla de trabajadores propia del empleador.<sup>186 187</sup>

---

<sup>186</sup> “Presently, employers who engage some of their workers through triangular employment relationships are able to offer differential remuneration without violating antidiscrimination and wage equity laws. It is suggested that outsourcing aspects of the employer’s personnel functions by establishing triangular employment relationship should not justify paying differential wage rates to workers whose work is for the benefit of the same enterprise. However, such an extension of wage equity will certainly require legislative amendments.” BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 199.

<sup>187</sup> GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*. Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 132-138.

En este caso, el único fin de esta contratación –que ni siquiera se toma el tiempo de crear una simulación– es permitir al usuario evitar el cumplimiento del ordenamiento laboral de manera clara y precisa. Se dirá que simplemente esta figura tiene la intención de surtir los efectos de una agencia de colocación; más en este caso si esa es la voluntad –es decir que la empresa contratista busque a los trabajadores–, evitando esa labor a la usuaria que igual cumplirá con sus obligaciones, aquello bien puede ser realizado aún hoy en el ordenamiento ecuatoriano, ya que nada obsta esta contratación. Realmente, entonces, la figura de la intermediación presenta como su fin central el proveer de trabajadores a un usuario, evitándole el cumplimiento.

Carece de sentido, entonces, que exista una figura contractual con la intención primordial de incumplir una parte del ordenamiento, tal como es el caso de la intermediación. En este caso, también se ve penado el empresario que no realiza intermediación ya que sufre los costos laborales, que quien intermedia no tiene. Por lo tanto, incluso desde la perspectiva de una justa competencia, considero que es adecuada la inexistencia de la intermediación; que en este punto presenta una solución que no es tan alejada a la de muchos ordenamientos jurídicos, los cuales si bien permiten figuras tales como la intermediación –como sucede en el caso francés<sup>188</sup>–, de todas formas dejan intacta la relación entre el empleador usuario y los trabajadores que se ponen a su disposición por la empresa intermediaria; de tal forma que se regula la figura para que aunque exista, no permita evitar el cumplimiento de la normativa laboral, es decir, se asegura que no exista un medio de evasión laboral, que a la larga –con una medida más extrema– es lo mismo que se hace en el Ecuador al prohibir la figura.

De cualquier forma, el problema de la figura de la intermediación, como un mecanismo para la evasión del cumplimiento de la normativa laboral no deja de ser conflictivo y de

---

<sup>188</sup> “In countries such as Italy and France, for instance, it is clear that any employment relationship seeing an agency involved under (a) will ultimately see the worker directly engaged by the user enterprise that will undertake all the duties competing to the employer. In Germany, to take another example, employment relationships of type (b) have traditionally seen the worker as employed under a contract of indefinite duration, whereas a fixed-term engagement is the norm in France and Italy. In any case in all Continental systems, the activities of an intermediary leave untouched the employment relationship that remains essentially bilateral so far as statutory regulation is concerned.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 51.

provocar situaciones que supongan la desprotección del trabajador, que aunque preste el servicio, puede verse en situaciones donde no tenga protección, como sucede en el caso en que una sociedad contrata servicios de intermediación para que estos no se presten al contratante, sino a una tercera sociedad. Caso que, al menos en el Reino Unido, ha provocado la virtual desprotección de los trabajadores que prestan sus servicios en tal triangulación<sup>189</sup>; lo que bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sucedería, primero porque –en líneas generales la triangulación entendida como tercerización o intermediación– está prohibida, así como también porque al fin de cuentas si el trabajo prestado beneficia a la tercera empresa usuaria, aunque no haya contratado la prestación, se consideraría como empleadora en virtud de la definición provista de empleador.

En consecuencia, tanto la prohibición del intermediación como de la tercerización evitan que se produzcan los problemas de evasión típicos del *outsourcing*; lo que implica una solución adecuada desde su filosofía –pero no siempre bien ejecutada, como se ha visto–; pero a la vez, determina que este problema en cuanto a la definición de los empleadores no se produzca en el Ecuador. Así mismo, la definición amplia de quién se considerará empleador impide que existan zonas grises en cuanto a conocer quién debe cumplir con las obligaciones propias del patrono, de tal manera que no se difumina, en el Ecuador, la determinación del mismo como sucede en otras legislaciones donde es permitida la subcontratación de forma mucho más amplia, y además, donde la definición del empleador se encuentra claramente restringida.<sup>190</sup> Por lo tanto, puede observarse que, en

---

<sup>189</sup> “In 1970 the Queen’s Bench Division of the High Court said that ‘where A contracts with B to render services exclusively to C, the contract is not a contract for services (or of service) but a contract sui generis, a different type of contract from either of the familiar two’. Whatever that sui generis contract was, it would not allow the worker to be considered an employee and either of the two other parties his employer, in practice disentitling the worker from statutory labour law protection. The fact that agency workers, depending on the totality of the terms upon which they make themselves available for work, can sometimes be considered as employees of the agency merely proves that, in the area of trilateral relationships, legal certainty can often be at risk.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 39.

<sup>190</sup> “...Por lo que hace al elemento "patrón", observamos que los fenómenos de descentralización productiva y la tendencia a la externalización de funciones, junto con la aparición de prácticas que directa o indirectamente implican normas de contratación de trabajo humano (subcontratación, servicios eventuales u otras formas de intermediación), han dado lugar a una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición de " patrón", en donde el poder de mando, la determinación del lugar de trabajo, la facultad para organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales.” MORALES, MA. ASCENSIÓN. *La desformalización interna del contrato de*

el Ecuador, no existen los clásicos problemas relacionados con la definición del empleador; de ahí que para redefinir la relación de trabajo que debe ser protegida en este tema no habrá mayores disquisiciones, más allá de las ya realizadas.

## **8.6. NECESIDAD DE LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA POR EL DERECHO DEL TRABAJO**

Todas las consideraciones previas, entonces, determinan la necesidad de redefinir la relación de trabajo que se encuentra protegida por el Derecho Laboral, hecho que prácticamente supone casi un consenso doctrinal<sup>191</sup>; toda vez que, como se ha visto, la definición clásica de la relación protegida por el Derecho del Trabajo –al dejar de proveer soluciones para la gran mayoría de presupuestos para la que fue planteada– ha perdido por entero su validez como mecanismo definitorio del alcance del Derecho del Trabajo<sup>192</sup>.

Todo esto según se ha visto, puesto que la relación de trabajo protegida se encuentra determinada en virtud de presunciones falsas que asumen como un hecho cierto e incontrovertible que siempre que se determinen los elementos para que se cumpla la protección de la relación de trabajo, existirá desequilibrio, lo cual según se ha detallado en unos casos ocurre y en otros no; por lo que finalmente, el Derecho del Trabajo ha terminado por proveer protección o no, sin ninguna relación con la realidad que intenta regular, siendo este el principal problema que se presenta en esta disciplina y que es

---

*trabajo en México*; en KURCZYN, PATRICIA. (COORD.) *¿Hacia un nuevo Derecho del Trabajo?*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, págs. 50-53.

<sup>191</sup> “The debate that took place during the June 2006 International Labour Conference (ILC), and the adoption of the Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), forcefully highlighted a quasi-unanimous agreement on the perceived need to embark on a regulatory process leading to a clearer conceptualization of the legal notion and definition of the employment relationship.” KOUNTOURIS, NICOLA. *Employment Relationship: A Comparative Overview*. Washington: International Labour Office, 2011, pág. 36.

<sup>192</sup> “In other words, this argument would suggest that the binary divide might have lost its independent societal vigour or validity, and might be held in place only by the processes of legal regulation which support it and which create requirements or incentives for employers and workers to adapt the practice of personal work relations to the binary divide.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 107.



aquel de resolución primordial para el desarrollo del Derecho del Trabajo ecuatoriano.

De esta forma y particularmente, se analizarán las presunciones falsas sobre las que se asienta el Derecho del Trabajo, con especial énfasis sobre la presunción relacionada con que la subordinación es el principal criterio para determinar la existencia de desequilibrio que amerita protección, ya que no es sostenible que el Derecho del Trabajo hasta la presente, no haya generado un paradigma actualizado para determinar la relación jurídicamente protegida más allá de la subordinación<sup>193 194</sup>. En consecuencia pues, el problema central que debe enfrentar el Derecho del Trabajo en la actualidad es que ninguna de las premisas para definir la relación de trabajo que se han creado es cierta.<sup>195</sup>

Así pues y en virtud de esta línea de análisis, se buscará redefinir la relación de trabajo que debe ser protegida desde una perspectiva más razonable<sup>196</sup>, que no se base solamente en meras presunciones, muchas veces infundadas.

Ahora bien, esta redefinición de la relación de trabajo debe tener unos parámetros de razonabilidad que permitan delinear cuál es el camino a tomar a la hora de redeterminar cuál es la relación que debe protegerse por el Derecho del Trabajo. En esta virtud, dos serán los claros límites para la redefinición de la relación de trabajo que delinee este estudio. Uno será el determinar el verdadero objeto del Derecho del Trabajo, ya que la relación protegida debe tener correlación con la esencia para la que se creó el mismo, y no el simple apego a un concepto como si este fuese el fin en sí mismo de protección; tal como ha llegado a ocurrir con la subordinación que inicialmente comenzó por ser un indicador de la existencia de desequilibrio para pasar a ser el objeto en sí mismo de

---

<sup>193</sup> OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 111.

<sup>194</sup> “El trabajo no puede ni debe reducirse a la forma histórica particular que ha adoptado en las sociedades industriales a partir del siglo XIX, es decir, al empleo asalariado a tiempo completo. La forma asalariada no es sino un momento en la larga historia del trabajo” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 289.

<sup>195</sup> “...Our problem today is that none of these four foundational assumptions of labour law is still true. The employment relationship is no longer the site of the greatest oppression, or the greatest inequality of bargaining power, or the most revolting excesses of power, or the greatest social conflict. In every country, the employed have it quite a bit better than the unemployed, or those excluded from the labour market by age or gender or immigration status or lack of skills.” HYDE, ALAN. *What is Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 47.

<sup>196</sup> “...Hence we prefer to think of the process of defining and conceptualizing the subject-matter of labour law as ‘the relational defining of labour law’ rather than ‘defining the personal scope of labour law’.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág.16.

protección, como que si lo que se buscase es proteger al subordinado, asumiendo que este es el único que requiere y requerirá de este amparo del ordenamiento jurídico laboral.

Por otra parte, el siguiente elemento a respetar para redefinir la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral será el determinar cuáles son los ejes de protección que se han definido por las normas jerárquicamente superiores a aquella que define la relación de trabajo en el Ecuador –el Código de Trabajo–. Desde esta perspectiva, también se analizará cómo delimitan los Tratados Internacionales aplicables en el Ecuador y la nueva Constitución de 2008, la relación de trabajo que debe ser protegida en el país. De esta forma, a estos dos fines se dedicarán los capítulos subsiguientes de este trabajo.

## *Título IX*

### ***REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA A PARTIR DE LA CONSIDERACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO***

Una vez que se ha determinado la necesidad que existe de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida es indispensable trazar el camino en virtud del cual esta se redefinirá. Así pues, uno de los grandes límites a la hora de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida es el mismo objeto del Derecho del Trabajo, ya que la relación que debe ser amparada sin duda será aquella que la misma esencia del Derecho de Trabajo pretenda tutelar.

Al efecto y aunque parece que este sería un tema baladí –porque se podría considerar que el objeto de trabajo se puede definir fácilmente– en realidad aquello no es cierto. En la práctica, las definiciones del objeto del Derecho de Trabajo se encuentran claramente zanjadas, y en muchos casos no dejan de ser tendenciosas. No resulta extraño toparse con Tratados de Derecho del Trabajo que, al ser estudiados, lejos de asimilarse a obras jurídicas, más parecen manifiestos políticos.

Evidentemente la disciplina laboral tiene una clara injerencia y relevancia social, y probablemente por eso, en muchos casos su estudio se asimila más que a un análisis jurídico, a una discusión política. En esa virtud pues, es fácil concluir que a la hora de determinar cuál es el objeto del Derecho de Trabajo habrá varias posiciones, dependiendo de la facción ideológica y política a la que se adscriban; de tal manera, que estamos ante un conflicto que no será sencillo de solventar –que algunos incluso lo han considerado irresoluble–, pero que en el fondo, debe ser dilucidado de manera clara para que pueda redefinirse la relación de trabajo a partir de la aplicación de la esencia propia

de esta rama de la ciencia jurídica.<sup>197</sup> Al respecto, procedo a analizar las posiciones que sobre el objeto del Derecho del Trabajo se han desarrollado.

### 9.1. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE LAS IDEOLOGÍAS DE MERCADO

Claramente, una gran corriente que pretende definir el objeto del Derecho del Trabajo y en general aquellos caminos que debe seguir, es sin duda, la conformada por los pensadores que consideran que el Derecho del Trabajo debe seguir una ideología de mercado.

En esta virtud, el objeto del Derecho del Trabajo de acuerdo a esta perspectiva, será liberalizar la economía y favorecer los intercambios dentro del mercado. Así pues, considerar el trabajo como una mercadería, como cualquier otra, implicará que se liberalice el mercado de trabajo, dejándolo a la libre fluctuación que genere la oferta y la demanda su regulación.

Entendidas así las cosas, cualquier sistema que establezca protección para el trabajador supone una traba innecesaria para los intercambios dentro del mercado laboral<sup>198</sup>, y en general, de acuerdo a los teóricos del liberalismo produce fallos en el mercado, que a la

---

<sup>197</sup> “...If, as we do, you accept that there is a crucial connection between the purpose of legal regulation and its relational scope, then you have simply distilled down the whole set of epistemic questions about ‘labour law’ into one foundational problem; what is or should be the essential equation between purpose and scope for labour law? So we should not expect an easy answer for any one national legal system, let alone for a multiplicity of legal systems. Indeed, it could be said that by distilling out this essential problem, we have identified its enormity, perhaps even its insolubility. It is this doubt about the validity of the essential purpose/scope equation which has produced the sense of the ‘crisis of fundamental concepts’ in labour law.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 20.

<sup>198</sup> “Frente a la configuración clásica del Derecho del Trabajo, en la actualidad –y ya desde hace años- se presenta una fuerte demanda empresarial, apoyada por círculos sociales, económicos y políticos, de recuperación de los espacios de libre decisión empresarial. Se critica el nivel tuitivo alcanzado por el ordenamiento laboral que se califica de excesivo y se le acusa de toda suerte de rigideces y de inadecuación a la actual situación productiva y de las relaciones laborales.” ALFONSO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 5.

larga impiden la contratación de trabajadores.<sup>199</sup>

Bajo esta política, se considera que en la medida que se liberalice el mercado de trabajadores –casi como una relación causa efecto que no admite duda alguna–, los empleadores tenderán a contratar más trabajadores ya que no habrá normas protectoras que alteren el mercado ficticiamente.

Esto, a su vez provocará que eventualmente los trabajadores ganen más y tengan mejores beneficios, no como una imposición; sino porque el mercado, así mismo propenderá a crecer requiriendo de más trabajadores y por ende logrando mejores condiciones que no serán impuestas, por el contrario serán, de acuerdo a los teóricos liberales, producto del desarrollo económico que se provoca por la liberalización del mercado de trabajo, lo que causará que estas mejores condiciones sean sostenibles en el tiempo.<sup>200</sup>

Los propulsores de esta teoría –como sucede con la mayoría de las otras– la consideran en sí misma evidente, libre de toda falla, y capaz de funcionar como una ecuación matemática; de ahí, que a menos normas protectoras, se considera que mejor se desarrollará el mercado de trabajo, todo esto como si fuese un axioma científicamente comprobado que no admite prueba en contra.

En algunos casos, incluso se podría entender que lo que se clama es la misma inexistencia del Derecho del Trabajo, por lo que se llega a un punto donde el Derecho del Trabajo, visto desde esta perspectiva más extrema, tiene como objeto no existir o al menos de dejar de ser un Derecho protector<sup>201</sup> para mutar en un Derecho de iguales.

---

<sup>199</sup> ALBURQUERQUE, RAFAEL. *¿Se desploma el Derecho del Trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 51.

<sup>200</sup> “Neoclassical economists respond to the problem of globalisation by extolling the virtues of the free market. If employers are allowed to run their businesses as they see fit, with a minimum of outside intervention, they will be able to compete on a global scale. If firms in other countries can operate more cheaply, employers will respond by finding ways to cut their own costs. And if firms are profitable, society as a whole – and the employees of those firms in particular – will reap the benefit. On this view, legal regulation is perceived as a problem because it limits the options open to employers and imposes additional costs on them which may make them uncompetitive. Ultimately, this harms the very workers the legislation was seeking to protect”. DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 27

<sup>201</sup> “Furthermore, economic pressures and rising neo-liberal political ideologies were colluding to promote and accelerate the decline of the traditional employment relationship”. KOUNTOURIS, NICOLA. *The*

Luego, desde una perspectiva más ecuánime, desde las ideologías de mercado podríamos decir que el objeto central del Derecho del Trabajo sería permitir la mayor libertad en el mercado de trabajo como un mecanismo que mejore las condiciones tanto de trabajadores y empleadores, para lo cual, se tiene que desmontar la mayoría de normas protectoras del sistema laboral; convirtiéndose en un sistema que permita de mejor manera, la libre colaboración entre trabajadores y empleadores<sup>202</sup>. Dicho en términos coloquiales, el objeto del Derecho del Trabajo es no molestar y permitir el más libre funcionamiento del mercado.

Cabe recalcar que en la actualidad esta perspectiva para la definición del objeto del Derecho del Trabajo se encuentra en crecimiento ya que tiene relación directa con quienes ostentan el poder geopolíticamente<sup>203</sup>. Así pues, es un hecho la existencia de la globalización sustentada en los principios del libre mercado, que en general buscan fomentar en su mayor amplitud la actividad del empresario. En esta virtud, la mayor liberalización de la economía y el desmantelamiento del Derecho del Trabajo es la perspectiva que se encuentra actualmente más en boga, toda vez que esta beneficia la actividad del empresariado, que es quien ostenta el control absoluto de la política mundial; de ahí, que se venda esta perspectiva como la solución final en relación con lo que debe ser el Derecho de Trabajo<sup>204</sup>. Esto, a su vez explica por qué me he referido a esta visión inicialmente.

---

*changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context.* Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 42.

<sup>202</sup> “¿Cuál puede ser el objeto del Derecho del Trabajo perteneciente a las características antedichas, que, como las raíces nuevas, penetra en los intersticios de las estructuras existentes con levedad inicial para adquirir más fuerza con el tiempo y dar paso a un perfil distinto? El Derecho del Trabajo ya no pretende equilibrar las situaciones entre el empresario y el trabajador, sino integrar las diversas posiciones laborales que existen en el mercado con heterogeneidad manifiesta.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 106.

<sup>203</sup> BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004, pág. 1.

<sup>204</sup> LLOBERA, MIREIA. El éxtasis desregulador. *Le monde diplomatique en español*, núm. 204, 2012, pág. 2.

### 9.1.1. Crítica a las ideologías que definen el objeto del Derecho del Trabajo desde la perspectiva de mercado

Una vez con la descripción planteada, lo primero que salta a la vista es que estas ideologías laborales que entienden al Derecho del Trabajo desde el liberalismo aparecen incluso más radicales en la liberalización de la economía y en especial del mercado de trabajo, de lo que ocurre con las propias teorías que explican la economía desde el capitalismo.

Así pues, la descripción antes hecha sobre cómo debe funcionar el mercado de trabajo – ensayada no por pocos tratadistas–, más que asimilarse a las modernas teorías liberales sobre el manejo de economía que también suponen controles al mercado, realmente suenan bastante apegadas a la teorías capitalistas del siglo XIX, donde se asumió la infalibilidad del mercado como ente regulador por antonomasia de toda la economía, que no requería de ningún control.<sup>205</sup>

En la actualidad, de sobra es conocido que la libertad absoluta en el mercado genera varias distorsiones que son incluso un impedimento para el desarrollo del propio mercado<sup>206</sup>, por lo que, incluso en los regímenes jurídicos que claman mayor existencia de liberalidad, no son pocas las normas que regulan el mercado. Basta pues, observar el gran desarrollo del Derecho de la Competencia que existe tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido; que permite evidenciar el hecho real de que el mercado es controlado como mecanismo para asegurar la propia salud del mismo.

Al efecto pues, si inclusive dentro del comercio –que parte de la idea fundamental de

---

<sup>205</sup> “...Mientras tanto, los compañeros de viaje neoliberales proclaman a los cuatro vientos que la respuesta teórico-práctica a los interrogantes que nos inquietan el ánimo nos la brinda la razón instrumental de una sociedad centrada en el mercado, de una economía orientada al crecimiento permanente y de una organización del trabajo y de las relaciones laborales basada en al desregulación, la flexibilización y la reingeniería de procesos. Algunas de estas soluciones suenan a recetas típicas del protocapitalismo del siglo XVIII, aplicados a problemas generados en la transición hacia el XXI.” BLANCH, JOSEP M. (COORD.); ESPUNY, MA. JESÚS; GALA, CAROLINA; MARTÍN, ANTONIO. *Teoría de las relaciones laborales. Desafíos*. Barcelona: Editorial UOC, 2003, pág. 16.

<sup>206</sup> “..It seems now that untamed ‘freedom’ would endanger the contract and freedom to contract. In the name of free competition there is no real competition in the world, just as in the communist countries in the past where there was no equity—in the name of equity.” KOLLONAY, CSILLA. *Ways and Effects of Deconstructing Protection in the Post-socialists New Member Status-based on Hungarian Experience*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 240.

que las partes están en igualdad de condiciones y que tienen similar poder de negociación— se han creado normas protectoras de quien puede verse sometido a posición de abuso de poderes, todo esto desde la perspectiva liberal; resulta por otro lado extraño, que desde la misma ideología de mercado se clame que el mercado de trabajo por su parte, tiene que estar absolutamente desregulado, cuando ni siquiera el comercio lo está.

Claramente estamos, entonces, ante manifestaciones ideológicas y no científicas donde se asume que el trabajador de una u otra forma es un parásito; de tal manera, que es el empleador quien debe gozar de mayores potestades para negociar, como mecanismo central para el desarrollo, lo que contradice incluso el desarrollo liberal en cuanto a la regulación de los mercados.

Muy pocos serán capaces, por ejemplo, de sostener que un trabajador con salario mínimo, no preparado, en un mercado hipotético con alto desempleo y con poca calificación, debe estar en una posición de absoluta protección dentro del ordenamiento jurídico como si se tratase de un agente más del comercio, asegurando que las leyes de la oferta y la demanda de manera automática, se encargarán de proveerle adecuadas condiciones laborales por la autorregulación que supuestamente establece el mercado.

Se llega al punto extremo de plantear una liberalización tan exagerada, que incluso se atacan instituciones que justamente podrían permitir el adecuado desarrollo del mercado, que es lo que se supone que defienden las teorías de mercado. Por ejemplo, las teorías laborales de mercado dirían que no debe existir un salario mínimo, sino que este debe ser libremente regulado; al respecto, si una manufacturera se sitúa en un lugar del país donde no existe otro empleador, tendrá capacidad de imponer un salario muy bajo, teniendo una ventaja injusta con otras compañías ubicadas en sectores donde existen más potenciales empresarios en los cuales, evidentemente, los costos del trabajo no bajarán tanto. La aplicación tan irrestricta de la liberalización puede incluso afectar al propio mercado.<sup>207</sup>

---

<sup>207</sup> BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 28.



Así mismo, otra de las incoherencias que presenta esta perspectiva de lo que debe ser el Derecho del Trabajo resulta inconsecuente con sus postulados, ya que si bien afirma que lo mejor es la liberalización del mercado y asume que el trabajo se presta dentro de un mercado, solamente propugna la liberalización en cuanto beneficie al empresario, es decir con respecto a la legislación interna; mientras tanto, los mercados laborales internacionales se encuentran regulados desde una perspectiva migratoria, sin que los trabajadores puedan libremente desplazarse entre Estados donde puedan gozar de mejores condiciones laborales<sup>208</sup>. Es decir, que la liberalización se establece sólo en cuanto beneficie al empresariado, pero no al trabajador.

Dentro de estas ideologías, se presenta como una verdad científica el hecho de que a mayor liberalidad del mercado, existe más contratación y más desarrollo del mercado, como si esta fuera la única variable de la economía; lo que sin duda no es más que disfrazar la ideología de ciencia<sup>209</sup>, ya que no existe evidencia empírica alguna o científica de que a menor protección del trabajador, mejores condiciones del mercado.<sup>210</sup>

Estamos pues, ante una definición que es altamente ideológica y que presume sin razón, que el empleador mientras más libre, más propenderá al desarrollo del mercado. Cualquier problema –desde esta tendencia– se resuelve proponiendo una disminución

---

<sup>208</sup> “...Furthermore, there would seem to be some inconsistency in neo-liberal thought, for it advocates free transnational movement of goods and capital, but not of labour, despite the fact that it treats labour like a commodity. Thus US farmers who receive State subsidies can freely export their products to Mexico, but Mexican farmers who are ruined by US subsidized agricultural exports cannot freely emigrate to the United States to sell their labour in the US labour market.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009. Pág. 29

<sup>209</sup> “Both the recession and the deregulation movement were profoundly unsettling events. They led to a questioning of accepted practices. It was a period typified by Margaret Thatcher in the United Kingdom and Ronald Reagan in the United States. Both political leaders reflected a ‘small business’ outlook on life. They stood for less, rather than more government regulation, in exchange for greater recourse to self-reliance and individualism. When applied to labour law, deregulation does not remain confined to a reduction in government intervention as a matter of mere practicalities. Rather, the shift towards self-regulation and individualism in industrial relations has been profoundly ideological in nature.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 39.

<sup>210</sup> “...However, notwithstanding this established theoretical argument, there is no empirical evidence that can confirm the effects of labour market deregulation on the rates of unemployment. (...) “As noted above, the existence of an inverse relationship between the rate of employment protection and employment levels has not been proved by the economic sciences.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 87-97.

de los derechos laborales, que se considera aunar en todos los casos la competitividad<sup>211</sup>; hecho que se ha evidenciado que no siempre sucederá, prueba de ello es la reciente crisis mundial del año 2008, que lejos de ser una crisis laboral<sup>212</sup> se generó como una crisis del lado del empresario por la desregulación del sistema financiero<sup>213</sup>, lo cual provocó la creación de títulos valores –en muchos casos ficticios– que no tenían el respaldo sobre el que clamaban o donde no se podía conocer el riesgo real que suponían para el inversionista. Hoy, de forma sorprendente, quien en muchos casos paga las consecuencias de ese problema es el mercado laboral, como si este hubiese sido quien generó la crisis, lo cual carece de sentido.

## 9.2. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE LAS IDEOLOGÍAS SOCIALES

Desde una perspectiva completamente distante, nos encontramos ante las ideologías sociales y su explicación del objeto del Derecho del Trabajo. Al respecto, estas ideologías parten de la idea de que el trabajo es una especie de actividad inmaculada, que por ser tal debe protegerse y llenarse de canonjías.

Se asume que esta es la única actividad donde la persona presta lo mejor que tiene –que es su esfuerzo– y por ese hecho tiene que recibir la mayor cantidad de contraprestaciones, al dar algo tan íntimo y puro.

Se entiende que el solo hecho de trabajar ya supone un tipo de sometimiento que ya es

---

<sup>211</sup> “...En los países con legislaciones laborales avanzadas se sostiene la necesidad de reconsiderar las mismas (se dice que en aquello que “sea excesivo”) para no perder competitividad. Se alude a la necesidad de diferenciar niveles tuitivos entre aquellas empresas más sometidas a la competitividad internacional y aquellas que no lo están, etc. –en los países con legislaciones laborales menos avanzadas se utilizan los mismos criterios pero, precisamente, para frenar el avance de la legislación laboral que, se dice, conllevaría pérdida de competitividad al encarecerse los costes laborales. Incluso se alude abiertamente a la necesidad de “dumping social” para atraer inversiones. En ambos casos la solución defendida es la misma, disminución del nivel tuitivo, retroceso de la ley, crecimiento del poder empresarial – defendido en términos de flexibilidad -, mayor autonomía individual.” ALFONSO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. En *Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 6.

<sup>212</sup> LÓPEZ, JUAN. Crisis económica y empleo. En *Revista Cuadernos de la Fundación*, núm. 1, Mayo 2009, pág. 12.

<sup>213</sup> ALFONSO, CARLOS. Crisis y Flexibilidad laboral. En *Revista Estudios de la Fundación*, núm. 31, Mayo 2010, pág. 3.

de alguna manera castigo suficiente, razón por la cual mientras más beneficios se tenga, mejor. Así pues, se considera que el ser humano es un ser de luz con necesidades todas buenas y prácticamente ilimitadas, que tienen que ser satisfechas por el villano empleador, quien solo busca incrementar su capital; lo cual, por alguna razón que no entiendo –pero que descifro en muchos casos religiosa–, es una actividad mucho menos digna que la del trabajador, quien se presume bueno en sí mismo.

Estas ideologías, en muchos casos, desconocen que existe un mercado de trabajo, consideran que el trabajo es una actividad tan pura y celestial que está fuera del mercado, y que nunca debería estarlo, que no se debe negociar ni podría negociarse; ya que, además, lo que se negocia dentro del mercado tiene una naturaleza terrenal, ciertamente impura e impropia del inmaculado trabajo.

Rechazan la sola posibilidad de considerar al trabajo como una mercancía más –principio este claramente reconocido por la Organización Internacional del Trabajo<sup>214</sup>; así, asumen que el trabajo es un bien que por su santidad no puede tocarse, ni es objeto de comercio –aunque es parte plenamente integrada del mercado– y por ende, siempre tiene que recibir grandes beneficios por el solo hecho de su ejecución.

Se crea una multitud de perspectivas de lo más variopintas para afirmar que el trabajo no es una mercancía, aunque evidentemente existe un mercado del mismo y se negocia libremente. Así, por ejemplo, se dice que el trabajo es inseparable<sup>215</sup> de la persona, por lo que no se explica cómo puede ser objeto del mercado. En general, se entiende que el objeto del trabajo en sí mismo es el trabajador, puesto que este tiene que poner su cuerpo para la ejecución de la actividad para la que se le contrata; por lo tanto, se entiende que al ser el objeto del trabajo la persona, no es digna su negociación, puesto que estamos

---

<sup>214</sup> “The International Labour Organisation is committed to putting into practice what is enshrined in its Constitution. We always need to keep in mind what the Philadelphia Declaration says about the aims and purposes of the International Labour Organisation and of the principles which should inspire the policy of its members, reaffirming that the Organisation is based in particular on these principles. The first is: (a) ‘labour is not a commodity’.” JAVILLIER, JEAN. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 363.

<sup>215</sup> “La dificultad jurídica deriva precisamente de que el trabajo es una mercancía; es inseparable de la persona del trabajador. Hay pues, en esta noción abstracta de trabajo necesaria para la emergencia de un mercado de trabajo una ficción económica que plantea al derecho un difícil enigma.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 24.

ante un bien fuera del mercado<sup>216</sup>. En primer término, este argumento se rebate si se considera que hay varias actividades que se ejecutan personalmente sin que ello signifique una especial dignidad de las mismas o que el objeto sea la persona; así por ejemplo, la actividad del procurador judicial que debe ser personal y que supone un trabajo, en ningún caso se entiende que no puede ser objeto de negociación en el mercado, ni se le atribuye consideraciones de especial dignidad.

De todas formas, este dilema se soluciona porque el trabajo no tiene como objeto la persona, sino pues, su esfuerzo que es plenamente negociable y separable de la persona, y que no sólo puede ser negociado, sino que en efecto así es, lo que además se produce todos los días; por lo que negar esto es negar una realidad abrumadora, siendo esta que el trabajo, nos guste o no, es una mercancía.

Luego, el objeto del Derecho del Trabajo desde esta perspectiva entonces, será siempre dar mayores y mejores condiciones de trabajo para los trabajadores, a costo del empleador que –como supuesto avaro y siempre codicioso– buscará su solo beneficio a costa de la explotación del trabajador; razón por la cual es el Derecho del Trabajo el que debe impedir esta explotación, que se asume siempre cierta.<sup>217</sup>

Cabe recalcar, como ya se ha dicho, que si bien existen regulaciones que suelen ser beneficiosas en cuanto al mantenimiento y el desarrollo de las condiciones de trabajo; esta ideología más que enfocarse en este punto, tiende a considerar a todas las mejoras que puedan existir como indispensables dentro del Derecho del Trabajo, casi sin ningún filtro, ya que en suma todas favorecen a la existencia de una supuesta dignidad especial del trabajo asalariado.

---

<sup>216</sup> “Si hoy se rechaza, en principio, esta concepción patrimonial de la relación del hombre con el cuerpo, se debe a que conduce a asimilar el cuerpo a una cosa, y aun cosa distinta de la persona, “cuando es la persona misma” El hombre no es el propietario de su cuerpo, pues “¿qué podría decirse de este sujeto de derecho que sería, al mismo tiempo, el objeto de un derecho?”. Al no poder asimilarse a una cosa, el cuerpo humano se halla –del mismo modo que la persona- fuera del comercio, lo que convierte en nulo todo acuerdo de que sea objeto. Establecido este principio, ¿cómo conciliarlo con la licitud de los contratos de trabajo? La solución más simple y más lógica consiste en ver en el contrato de trabajo una excepción a este principio de la nulidad de los acuerdos que versen sobre el cuerpo humano.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 76.

<sup>217</sup> DE LA CUEVA, MARIO. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I, 22ª edición. México: Porrúa, 2011, págs. 199-201.

De poco importa el estado del emprendimiento para el que el trabajador presta sus servicios o si el empleador puede estar en una situación en general más precaria que la del propio trabajador al que se contrata; lo importante es que tiene muchas necesidades que son dignas, justas, debidas y que debe exigir las, muchas veces olvidando que estas deben ser pagadas sin que se considere los costos de estas obligaciones para el patrono y en general para la economía.<sup>218</sup>

En síntesis, el objeto del Derecho del Trabajo será crear los más impresionantes privilegios para el goce del trabajador, sin ninguna relación con el contexto económico o con cualquier otro indicador de racionalidad, ya que lo que se alimenta es un bien como la dignidad humana que está por encima de todo.

### **9.2.1. Crítica a las corrientes sociales y su definición del Derecho del Trabajo**

Tal como se ha descrito, se podría decir que más que una descripción del objeto del Derecho del Trabajo desde las ideologías sociales, estamos ante una sátira o ante una diatriba en su contra; pero la verdad es que no es nada de ello, se trata casi de una descripción sin las típicas atenuaciones de aquello que se considera sobre el trabajo desde las ideologías sociales.

Ante esto pues, tiene que encontrarse que las teorías previas fallan en reconocer un hecho vital. En realidad, aunque les parezca o no encomiable, sí existe un Derecho del Trabajo donde los servicios que se prestan se negocian, esto es una realidad notoria; por lo que sí sorprende que se discuta esta realidad, que tal vez en Cuba o Corea del Norte no exista, pero en el resto de los Estados es indiscutible.

Luego, si existe mercado de trabajo, el trabajo es una mercancía, aunque todos los tratadistas del mundo y muchas normas internacionales lo nieguen<sup>219</sup>, ya que se compra

---

<sup>218</sup> BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.

<sup>219</sup> "...Lentamente se fue formando la doctrina nueva, y con ella, la convicción de que la primera victoria del naciente derecho del trabajo tenía que ser la destrucción de la concepción del trabajo mercancía. Para lograrla, contó la doctrina con fuertes aliados internacionales: la Declaración de principios de la

y se vende, en muchos casos de manera absolutamente libre.

Por lo tanto, no puede existir un análisis del objeto del Derecho del Trabajo sin reconocer hechos ciertos. En esto fallan las ideologías sociales. Estos hechos permitirán entender que el trabajo, al encontrarse dentro del mercado, necesita en algunos puntos libertad de negociación y en otros control para que justamente no se produzcan fallas en el mercado, ya que si lo que se entiende es que al hablar de trabajo estamos hablando de un componente de la santidad humana, obviamente lo único que se tendrá que observar es que se aumenten los derechos del trabajo sin límite, puesto que las necesidades y el fomento de bienestar desde esta perspectiva utópica no tiene fin alguno<sup>220</sup>.

A su vez, no es cierto que los trabajadores sean entes de luz per se –ni tampoco los empresarios–, ambos son seres humanos con un objetivo central: la supervivencia, y en ese camino podrán realizar cuantas actividades fueran necesarias para asegurarse ese fin; de ahí, que no puede presuponerse la bondad de uno u otro, algo que ya no suena ni siquiera a ideología, sino que ya entra en el plano de lo religioso.

Por lo tanto, entonces, no todas las necesidades de los trabajadores son puras y debidas, estando obligados todos a cumplirlas, en nombre de la supuesta “dignidad” del trabajo que requiere de una protección especial. Sobre el mismo, considero que es un argumento

---

Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Filadelfia, la Declaración de la Quinta Conferencia Internacional Americana de Santiago de Chile y el capítulo normas sociales de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en Bogotá en 1948 a propuesta de México, contienen la afirmación rotunda de que el trabajo no es una mercancía o artículo de comercio. Pues bien, el art. tercero de la Ley es la victoria en la batalla por la idea del trabajo no-mercancía y el anuncio de un derecho nuevo de y para los trabajadores, lo que produce, como consecuencia magnífica, que el trabajo vuelva a ser lo que nunca debió dejar de ser: el ejercicio de la noble profesión de trabajar; por lo tanto, nunca más se le aplicarán las normas que se ocupan de las cosas, de tal manera, que en el futuro, las normas aplicables a las relaciones de trabajo deberán buscarse en la Declaración de derechos y en las disposiciones que se deduzcan de ella. Desprendiéndola de esta idea del trabajo no-mercancía, el art. tercero dice que el trabajo “exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta”, disposición que significa, por una parte, que han de respetarse en la persona del trabajador todos los derechos y libertades que reconoce el título primero de nuestra Carta Magna, y por otra, que debe tratarse al trabajador con el respeto y consideración que le corresponden a la esencia de lo humano.” DE LA CUEVA, MARIO. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I, 22ª edición, México: Porrúa, 2011, págs. 79-85.

<sup>220</sup> El efecto de otorgar los más exóticos beneficios al trabajador puesto que el objeto del trabajo es procurar la felicidad del asalariado, lo cual evidentemente no tiene límite. Al respecto: “La noción de desigualdad ha servido siempre en derecho del trabajo para designar situaciones de hecho que reclaman correctivos jurídicos. Tal es el caso, ante todo, de las desigualdades de situación que el derecho del trabajo trata de corregir, comenzando por la desigualdad económica de las partes en el contrato de trabajo.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 138.

fuera de lo jurídico este de la dignidad, no sólo, pues, el trabajador tiene dignidad<sup>221</sup>, también la tiene el empresario, el inversionista, el voluntario o el artista que no vende sus productos a nadie; no considero que el trabajador o su actividad tenga mayor dignidad, ni que sólo este argumento determine que deba existir algún trato especial a la acción del trabajo.

Las teorías sociales utilizan un concepto de dignidad tan impreciso, e incluso embebido en el plano de moral para justificar una mayor protección, lo cual no aparece como un claro elemento de clasificación; más aún si se considera que prácticamente toda actividad que se analice realmente es ejecutada por seres humanos, y si por ese solo hecho la actividad es digna, ergo toda actividad humana lo será, de tal manera que ni el Derecho del Trabajo y mucho menos el dependiente, pueden tratar de monopolizar el concepto de dignidad como mecanismo para obtener mayores protecciones bajo un concepto –además– sumamente subjetivo.

Adicionalmente, se considera que la relación de trabajo subordinada genera un sometimiento que supone una situación de desigualdad inaceptable, mucho peor que cualquier otra, que justifica una protección amplísima y casi ilimitada. Todo lo cual no es cierto, también porque en toda relación –incluyendo una civil– existen sometimientos o renunciaciones entre las personas, sin que por eso se pueda asumir que por ese hecho se justifica la existencia de una protección al asalariado, virtualmente ilimitada.

Luego, si bien es cierto que en muchos o algunos casos pueden existir en las relaciones de trabajo subordinado especiales situaciones de sometimiento, esto no justifica que se afirme que en toda relación de trabajo subordinada esto se produce, y mucho menos que este sea un argumento para sostener que la protección que los trabajadores deben tener tiene que ser prácticamente ilimitada. Así pues, hay relaciones de trabajo subordinadas donde en muchos casos no se encuentra un nivel de sometimiento o dependencia mucho mayor que el de otras relaciones para la prestación de servicios, y donde en general no

---

<sup>221</sup> “The concept of dignity, we believe, goes hand-in-hand with the idea of personality in work. Dignity is personal. It demands the protection of the person regardless of the specific arrangements for the performance of his or her personal work.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 375.

puede afirmarse que existe un desequilibrio importante<sup>222</sup> que pueda justificar una protección especial, mucho menos la provisión ilimitada de privilegios como muchas veces las teorías sociales pretenden.

Así por ejemplo, bien pueden existir relaciones de trabajo subordinado donde por la preparación del trabajador o la escasez de mano obra en un mercado se provoque que los subordinados tengan un poder de negociación que determine que no se encuentren en desequilibrio y que haga que los trabajadores puedan negociar buenas condiciones de trabajo, de tal forma que no siempre se encontrarán en una situación desigualdad, y mucho menos en una tan especial o degradante que en pago de la misma requiera siempre de una provisión amplísima de beneficios.

Así mismo, no existe ninguna evidencia de que si a un grupo de personas como serían los trabajadores dependientes, se les otorga beneficios ilimitados, ante este hecho existirá un mejor desarrollo del mercado del trabajo o de las actividades de prestación de servicios en general.

Esto sólo es una ideología que se disfraza de ciencia, al punto que hay varios ejemplos normativos que evidencian que el exceso de proteccionismo determina que existan muchos trabajadores que queden por fuera del sistema de protección laboral; tal como, por ejemplo, sucedió con el régimen mexicano<sup>223</sup>.

Así mismo esta perspectiva olvida que en muchos casos se genera un protección no deseada para personas que no lo necesitan, que en lugar de verse favorecidas por los supuestos beneficios del régimen protector, se ven restringidos. Por ejemplo, puede encontrarse el caso de los trabajadores dentro de los ordenamientos jurídicos sometidos al régimen de exclusividad, que simplemente no pueden dedicarse a otras actividades –por mandato legal– aunque les sea plenamente factible y deseable. Se asume, entonces,

---

<sup>222</sup> VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 32

<sup>223</sup> "...Estas reglamentaciones, inspiradas por el maestro Mario de la Cueva, nunca dieron resultado en la práctica ya que, como se sabe, el exceso de protección conduce irremisiblemente a la desprotección: "tanto quiso el diablo a su hijo hasta que le sacó un ojo". CAVAZOS, BALTASAR, *40 Lecciones de Derecho Laboral*, 9ª edición. México: Trillas, 2004, págs. 354-355.



como una premisa cierta que todos los trabajadores requieren de la máxima protección; misma que se entiende es siempre beneficiosa<sup>224 225</sup>.

Al respecto pues, lo que si puede observarse es que la definición del objeto, y en general de los fines del objeto del Derecho del Trabajo, se encuentran raptados por las ideologías que pueden llegar a ser absolutamente irracionales, ya sean extremas en lo social o en lo liberal <sup>226</sup>.

Ante esto pues, el siguiente paso dentro de este trabajo será intentar la definición de un objeto del Derecho del Trabajo que si bien no podrá ser absolutamente desvinculado de las ideologías, sí pretende ser más objetivo y realista, *aggiornando* primero un objeto del Derecho del Trabajo a la realidad actual, para lo cual es fundamental deslindarnos de teorías que –si bien son omnipresentes– han quedado caducas<sup>227</sup>, y en la actualidad no suenan tan razonables.

### 9.3. EL DERECHO DEL TRABAJO LIBERADO DEL YUGO IDEOLÓGICO

Está claro, entonces, que el Derecho del Trabajo primordialmente se ha desarrollado a partir de la aplicación de las teorías sociales que lo interpretan y que, en la actualidad, con mucha mayor fuerza, se han aplicado las teorías liberales que entienden el Derecho del Trabajo desde la perspectiva capitalista; por lo que, en síntesis, el Derecho del

---

<sup>224</sup> “... We think that, at a prescriptive level, one of the objectives of labour law should be that of enhancing human capabilities for the purposes of fostering human autonomy and equality at work, and a rewarding existence.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 378.

<sup>225</sup> “The public image of labour law suffers when working people who do not need its protections find themselves frustrated by its restrictions.” TREBLICOCK, ANNE. *Using Development Approaches to Address the Challenge of the Informal Economy for Labour Law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 78.

<sup>226</sup> JAVILLIER, JEAN . *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 361.

<sup>227</sup> “...En suma, a primera vista parece que, ante preguntas que plantea el futuro, se tiende a echar mano a respuestas del pasado, lo que significa afrontar la era de los biochips con esquemas intelectuales e ideológicos construidos en la de las chimeneas” BLANCH, JOSEP M. (COORD.); ESPUNY, MA. JESÚS; GALA, CAROLINA; MARTÍN ANTONIO. *Teoría de las relaciones laborales. Desafíos*. Barcelona: Editorial UOC, 2003, pág. 16

Trabajo se ha desarrollado totalmente apegado al devenir de las ideologías.<sup>228</sup>

En esta virtud, puede observarse que las teorías que definen el objeto del Derecho del Trabajo, más que crear instituciones propias de una rama jurídica, parten de presunciones de maldad o bondad de una de las dos partes. Son realmente pues, ideologías que interpretan una rama jurídica desde una perspectiva absolutamente subjetiva donde se aplica un dilema de todo o nada.

Así, desde el liberalismo se propugna la total desregulación, y desde las teorías sociales se entiende un régimen protector prácticamente ilimitado. Al ser el Derecho del Trabajo una rama jurídica que ha estado ampliamente influenciada por el desarrollo político reciente, casi no es pues una rama del Derecho, sino de las ciencias políticas.<sup>229</sup>

De esta forma, un intento importante de este trabajo es liberar al trabajo, al Derecho del Trabajo, y por ende a la relación de trabajo protegida del yugo ideológico al que se encuentra sometida. Por lo tanto, con ese fin, lo primero que debe definirse es cuál es el objeto del Derecho del Trabajo desde una perspectiva lo más técnica posible, lejos de apasionamientos, ya que de lo contrario, el debate se estancaría en la ideología y quedaría desprovisto de contenido, al menos jurídico,<sup>230 231</sup> tal como ya ha sucedido mayoritariamente.

Así, si bien es cierto que no existe rama de las ciencias —y mucho menos de las ciencias

---

<sup>228</sup> “...Es verdad por otra parte, que el Derecho del Trabajo no ha cumplido su función histórica del mismo modo, cualesquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado siempre de idénticas soluciones normativas o de esquemas instituciones inmutables. Ha conocido en su todavía corta historia, ni siquiera bicentenaria en la experiencia más antigua, versiones políticas autoritarias y democráticas y ha desarrollado su propuesta normativa de la mano de la evolución capitalista y de la reivindicación obrera y sindical.” PALOMEQUE, MANUEL. Transformaciones del Derecho del Trabajo. *Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 1

<sup>229</sup> “...En efecto la construcción ideológica se evidencia con toda claridad desde el momento en que se evidencia que la competitividad no se altera si se produce lo que se afirma (disminución simultánea del nivel tuitivo) pero tampoco si se produce la alternativa absolutamente contraria (incremento simultáneo del nivel tuitivo.) No es la competitividad lo que está en cuestión sino los poderes empresariales y la rentabilidad del capital.” ALFONSO MELLADO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 6.

<sup>230</sup> Cfr: PALOMEQUE, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. *En Revista Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 4. ALFONSO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *En Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 6.

<sup>231</sup> SUPIOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, 1999, núm 1, pág. 47.

sociales— que se encuentre absolutamente libre de influencia ideológica, otra cosa muy diferente es que una rama como el Derecho del Trabajo, en su interpretación, se encuentre absolutamente sometida a la ideología, al punto que las instituciones del Derecho del Trabajo se convierten en irrelevantes, ya que las mismas se someten a las doctrinas en su existencia; donde las ideologías liberales dirán que las instituciones deben desaparecer, y las ideologías sociales dirán que las instituciones laborales deben expandirse casi infinitamente, generándose un juego eterno de ganar o perder.

De esta forma y para liberar al Derecho del Trabajo del sometimiento ideológico, esta investigación buscará establecer estructuras jurídicas más allá de las ideologías, antes de que las mismas se consuman en su propia inoperancia<sup>232</sup>. Luego, también buscará establecer un objeto del Derecho del Trabajo basado —más que en argumentos ideológicos— en argumentos objetivos de razonabilidad, para a partir de este objeto intentar una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida y fomentar el establecimiento de un Derecho de Trabajo algo más autónomo.<sup>233</sup>

#### 9.4. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA ECONOMÍA

Un primer mecanismo para encontrar o determinar claramente el objeto del Derecho del Trabajo será el vincularlo con la economía como una realidad objetiva que tiene directa relación con el trabajo<sup>234</sup> y el Derecho que lo regula.

Al respecto pues, la primera pregunta que surge es si ¿el Derecho del Trabajo se creó como un mecanismo para el control de la economía?, y ordinariamente la respuesta es

---

<sup>232</sup> “...Rather, the task—which is no doubt difficult enough—is to challenge neoliberal and neoconservative dogmas which might otherwise become so deeply entrenched that only another upheaval of catastrophic dimensions could shift them.” DEAKIN, SIMON. *The comparative evolution of the employment relationship*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 91.

<sup>233</sup> “Al compartir el derecho del trabajo el mismo vocabulario con unos y otros, sus disposiciones nunca se han referido espontáneamente a una racionalidad jurídica extrínseca, sino siempre a una racionalidad política e ideológica. Más que cualquier otro derecho, se percibe más como un riesgo que como una regla de juego.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 226.

<sup>234</sup> “...Sin duda el trabajo tiene una clara repercusión económica que debe ser considerada. Incluso directamente como un factor directamente involucrado en el mercado.” BOISSONNAT, JEAN. *Travailler autrement. Les cahiers millenaire 3*, núm 6, 1998, pág. 5.

que no. El Derecho del Trabajo se constituyó como un ordenamiento jurídico que tiene como intención proveer de protección a la persona que se considera en desequilibrio en una determinada relación, asumiéndose que siempre se trata del subordinado.

Luego, la siguiente pregunta es ¿debe el Derecho del Trabajo, tener relación con la economía?, es decir y en general ¿debería importar al Derecho del Trabajo cuáles serán los efectos de sus políticas en el desarrollo de la economía?

Y al respecto, todo esto se contesta con un sencillo análisis de la realidad. Justamente, el Derecho del Trabajo, estudia un servicio que se negocia libremente en el mercado, por lo tanto sin duda tiene relación con la economía y a su vez su regulación tiene efectos económicos. Como resultado, y si bien el Derecho del Trabajo se constituyó como un mecanismo para proteger a un parte sometida dentro de una relación, al tener una influencia objetiva en la economía, es por demás lógico que se considere sus impactos al momento de determinar las normas que se aplicarán.

Esto significa pues, que el objeto del Derecho del Trabajo, por lo menos en parte, sí será pretender que sus normas supongan efectos positivos en la economía, por el hecho real de que el trabajo es parte de este componente y en la economía actual solo puede existir, si existe el mercado; ya que para bien o para mal esta es la organización que el mundo ha tomado. Esto pues, no es un criterio subjetivo, sino por el contrario, una clara realidad; entonces estamos ante una evidente función económica del Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, deben analizarse los efectos que produce la regulación laboral, y en general se debe asumir que el mercado requiere de regulación —por sus imperfecciones— justamente para que funcione, ya que en muchos casos el mercado totalmente libre puede incluso atentar contra su propio funcionamiento, basta observar por ejemplo el caso de monopolio, donde una empresa puede llegar a imponer condiciones en sus productos al punto que el mismo mercado desaparece.<sup>235</sup> Por lo mismo, lejos de lo pontificado por los ideólogos de la desregulación, el mercado del trabajo requerirá de regulaciones

---

<sup>235</sup> “...Broadly speaking, the reason is that in some circumstances market ordering does not promote—but rather infringes upon—liberty and autonomy, or simply that society insists on the primacy of other values.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 141.

especiales considerando sus características principales, ya que la competencia perfecta no existe en el mercado, y mucho menos en el mercado de trabajo.<sup>236</sup>

Así, por ejemplo, habrá que considerar al trabajo desde algunas leyes del mercado justamente para no liberalizarlo en absoluto. Por ejemplo, será importante observar que la oferta de trabajo suele ser inelástica, es decir el trabajador suele tener –dependiendo del sector de la economía– un limitado poder para controlar la disposición de su servicio, por lo tanto, en un mercado donde el trabajador no tenga control sobre la oferta de trabajo hay la posibilidad de que el empleador pueda imponer condiciones muy precarias para al trabajador; así pues, en este tipo de mercado es indispensable que haya un control de mínimos, mas eso no ocurrirá en todos los casos<sup>237</sup>.

De igual forma sucede con la disminución de la utilidad marginal<sup>238</sup>, misma que tampoco es considerada por los teoristas liberales del Derecho del Trabajo. Así, aunque se afirma que los menores costos supondrán que siempre se contrate más trabajadores –casi sin límite–; por otra parte, se desconoce el hecho real de que en los mercados la adquisición de bienes no suele ser ilimitada, puesto que el beneficio relativo que se obtiene por cada bien nuevo tiende a disminuir. Así por ejemplo, en un pequeño emprendimiento, probablemente con un trabajador baste para suplir las necesidades del mismo; por lo tanto, por más que baje el costo de contratar trabajadores a cero, las posibilidades de que se contrate más trabajadores serán bajas ya que la utilidad de contratar nuevos no es mayor. Esto, entonces, prueba que la disminución ilimitada de regulaciones no implica que siempre existan mayores contrataciones de trabajadores, incluso si aplicamos las propias leyes de mercado al trabajo. Por lo tanto, deben analizarse los efectos de la

---

<sup>236</sup> “...In theory, in a perfectly competitive full-employment market the wage is determined by supply and demand, and neither party has any ability to influence it. But this is hardly a prevalent scenario in real life. Whenever employers’ competition for labour is limited—ie there are impediments to the ability of workers to take other, comparable jobs—employers have the power to lower wages and working conditions below those that employees would have accepted in a perfectly competitive full-employment market.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 139.

<sup>237</sup> “...The inability of sellers to restrict supply necessarily drives prices down and prevents labour markets from clearing; there will always be unemployed people.” HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 55.

<sup>238</sup> “...Most products are subject to the law of diminishing marginal utility: more chocolate makes you happier up to a point, but then it starts to make you feel sick.” DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 24.

normativa laboral desde una perspectiva técnica, que incluya también la variable económica.

En síntesis, existen algunas ineficiencias en el mercado laboral, tales como los fallos en la información que impiden que los trabajadores y los empleadores conozcan claramente todas las posibles contrataciones que puedan realizar, lo que implica que no exista un adecuado balance entre la oferta y la demanda de manera automática, esto, al mismo tiempo se produce, entre otros elementos, por las asimetrías que se generan en el acceso a información<sup>239</sup> entre trabajadores y empleadores; de forma tal que es muy simple reconocer que todos los mercados –y también el del trabajo– presentan fallos que requieren ser corregidos, hecho que debería ser tomado en cuenta por el Derecho del Trabajo. En cualquier caso y pese a esta realidad, la función económica de esta rama del Derecho tiende a ser olvidada por parte de las corrientes sociales, y valorada erradamente por las tendencias liberales que presumen la existencia de un mercado de trabajo perfecto.

Lo que incluso si es considerado así, tampoco supone una solución absoluta a la regulación laboral, toda vez que no siempre –en la economía– los agentes toman las decisiones más lógicas o aparentes;<sup>240</sup> por lo tanto, es un hecho cierto que nos encontramos muy lejos de un mercado perfecto, de tal manera que es evidente que se requiere una regulación como mecanismo para la vigencia del mismo mercado.

Esto, de todas formas, no significa que se deba entender al Derecho del Trabajo solo desde una perspectiva económica, así por parte de las corrientes liberales se tienda a

---

<sup>239</sup> “The most important economic aspects of labour markets for understanding labour law include: (1) inelasticity of supply; (2) collective action problems; (3) low trust and opportunism that prevent the formation of efficient long-term contracts; (4) inadequate incentives for investment in human capital; and (5) information asymmetries. When labour law addresses these (and similar) market failures, it does not stand against the market. It enables it.” HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 55.

<sup>240</sup> “...Today, however, we may employ the tools of game theory to identify more of the situations that Mill intuited, in which agreements that are in the advantage of everybody will not emerge from the market because of low trust, misperceptions, information asymmetries, or other factors that will prevent individuals from reaching efficient cooperative solutions, forcing them instead to bargain against each other, driving standards down and wasting resources in duplicative and unnecessary bargaining.” HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 55.

asumir que el régimen laboral es solamente un instrumento de política económica<sup>241</sup>, por lo que se aplica un modelo reduccionista que ni siquiera considera los fallos de mercado y que propone una liberalización incluso más extrema que la que se podría encontrar en el comercio, sometiendo toda la construcción normativa laboral a la política económica.

Al respecto y a partir de las tendencias liberales que interpretan el objeto del Derecho del Trabajo, se ha intentado reducir todo el objeto del mismo a un mero instrumento de control económico, donde poco importa la protección a una parte objetivamente en desequilibrio, pasando a modificarse el Derecho del Trabajo como un instrumento de política económica que no tiene ningún fin de protección, sino el asegurar los objetivos de la globalización de la economía —que en muchos casos se asumen como beneficiosos en sí mismo—.<sup>242</sup>

La lógica detrás de esta situación es simple. Las teorías liberales que entienden el Derecho del Trabajo, si bien alegan que su interés es liberalizar el mercado del trabajo para el bienestar de todas las partes en la relación de trabajo, en la práctica, liberalizan para favorecer el interés del empleador que evidentemente estará feliz en la medida en que menos constricciones y obligaciones deba cumplir. Por lo tanto, cualquier ajuste en la economía —y no solo en el mercado laboral—, lejos de hacerse en los factores que podrían incomodar al empresario —aunque esto sea beneficioso para el propio mercado— se hacen en cuanto suponen detrimentos para el trabajador ya que afirman que esto es lo mejor para todas las partes; aunque, la verdad, resulta por demás sospechoso que ante toda crisis, el primordial mecanismo de ajuste sea la reducción de derechos laborales.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> “...Alternatively, labour law is being described as (merely?) an instrument for regulating the labour market. In part, this re-formulation of labour law is occurring in recognition of the use—or rather, usefulness—of labour laws as tools to promote domestic employment opportunities and increase international competitiveness.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, págs. 10-11.

<sup>242</sup> “On one interpretation, labour law in the future can only be ‘allowed’ to be protective provided it does so without upsetting the overriding need of business for flexibility. The purpose of labour law thus becomes subordinate to the imperatives of a globalised economy.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 229.

<sup>243</sup> “...Supeditación de la norma laboral a la situación económica. El ordenamiento laboral es objeto de constantes reformas, todas ellas presididas por la adaptación a la situación económica entendida como cualquier elemento que “dificulta en exceso” la gestión empresarial. Cada reforma supone, en cierto modo, una pequeña o gran regresión de derechos laborales y es sucedida por otra sin haber podido comprobar siquiera sus efectos. La norma laboral pierde su referente como norma igualitaria y de progreso, para

En realidad pues, el Derecho del Trabajo desde esta perspectiva, se reduce a ser un instrumento de control económico, que además se convierte en el único factor de ajuste de los mercados porque, al siempre reducir las condiciones de los trabajadores, lo que a la final se evidencia es que en la actual economía estos carecen de mayor poder relativo; por lo que la regulación laboral se convierte entonces, en un mero ejercicio de poder.

De esta forma, si bien deben considerarse los efectos económicos que suponen las modificaciones en el ordenamiento laboral, también tiene que existir cuidado en no volver a los fallos que genera una aplicación ideológica del Derecho de Trabajo, que entiende que su único fin y su reglamentación será soportar el adecuado funcionamiento del mercado por la vía de la reducción de las condiciones de los trabajadores. Los aportes de la economía en la delimitación del contenido del Derecho, solamente tienen sentido en cuanto se considere también la existencia de las instituciones del Derecho del Trabajo y su vigencia<sup>244</sup>; no puede asumirse pues, que esta disciplina tenga que someterse absolutamente a supuestas verdades económicas que en muchos casos no lo son<sup>245</sup>.

Corresponde, entonces, entender que el Derecho Laboral tiene un fin económico objetivo más allá de la ideología que, en líneas generales, impone el mantenimiento de la salud del mercado –que es el medio donde se desarrolla el trabajo–, siendo este el fin en lo económico del Derecho del Trabajo<sup>246</sup>, que es a su vez una parte de su propósito, más

---

convertirse en norma al servicio de la gestión económica. Su pretensión no es deparar mayores niveles tuitivos, sino reforzar los poderes empresariales con la argumentación de que así la empresa funcionará mejor y ello permitirá en el futuro conceder mejores condiciones de trabajo. (se eliminan derechos con la promesa de que la mejora económica permitirá su recuperación), lo cierto es que de momentos hemos visto el reforzamiento de los poderes empresariales y la regresión de derecho, pero, al menos por ahora, no la recuperación de derechos.” ALFONSO MELLADO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.10, 2004, pág. 10.

<sup>244</sup> “El jurista que se ocupa del trabajo no debe cerrarse a lo que, por ejemplo, la historia, la sociología o la economía tienen que decir sobre el trabajo, y sobre el modo en que las mismas fundamentan ciertas prácticas de gestión de los “recurso humanos”. Ahora bien, su diálogo con otras ciencias sólo tiene sentido si aporta al mismo su propio arte del proceso.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996. pág. 293.

<sup>245</sup> “The intellectual orthodoxy of the day was provided by ‘iron laws’ of economics, which proclaimed, just as they do again, the futility of regulation in the face of market forces.” DEAKIN, SIMON. *The comparative evolution of the employment relationship*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 90.

<sup>246</sup> “Labour and employment law is the collection of regulatory techniques and values that are properly applied to any market that, if left unregulated, will reach socially sub-optimum outcomes because economic actors are individ- uated and cannot overcome collective action problems. Labour and employment law can reach socially beneficial outcomes in such markets through some combination of the following techniques.



tampoco se puede reducir al Derecho del Trabajo a ser un mero mecanismo de ajuste económico. En esta virtud, a continuación procederé a un estudio de la principal función del Derecho del Trabajo para delinear de manera más global el objetivo del Derecho del Trabajo, sin limitarnos a su perspectiva simplemente económica.

## 9.5. FUNCIÓN Y DISFUNCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Además de la función económica, que delinea por un lado el Derecho del Trabajo, esta normativa tiene otras funciones objetivas que debe cumplir, y que son parte esencial para determinar cuál debe ser el objeto del Derecho del Trabajo más allá de la ideología y de la sola economía.

En lo relacionado, el Derecho del Trabajo se constituye en un mecanismo que permite la regulación de la contratación que hace una persona de los servicios personales de otra. Con esta finalidad, el Derecho del Trabajo crea los mecanismos para esta contratación, pero su razón de ser no fue simplemente permitir los mecanismos de vinculación entre quien requiere de un servicio y quien lo presta.

Para esa función hubiera bastado con la regulación civil o mercantil que precede la existencia del Derecho del Trabajo; por lo tanto, la figura de este Derecho se crea –al menos desde la perspectiva de los objetivos declarados– como un mecanismo para regular la contratación de un servicio, pero siempre y cuando exista un desequilibrio en esta prestación, presupuesto fundamental para la existencia del Derecho del Trabajo como una disciplina autónoma.

De tal manera, que la función del Derecho del Trabajo es por una parte permitir la contratación de servicios, pero cuando esta requiera de una protección especial para el prestador de servicios, ya que de lo contrario, no se habría requerido una legislación adicional, puesto que el Derecho Civil cumple con este objetivo si no se requiere de

---

Individual actors can be permitted to form organisations and protected against retaliation for doing so. These organisations may be monitored or regulated in the interest of the public or of their principals.” HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 53.

tuición.

Al respecto se ha considerado que la función integradora del Derecho del Trabajo solo existe en cuanto se limita a proteger la relación del trabajador subordinado; más si descontamos la ideología, nada permite observar que el Derecho del Trabajo deba crear un grupo de privilegiados subordinados, mientras que por otra parte renuncia a la protección de que cualquier otra persona que preste sus servicios en un estado de desequilibrio, como si los subordinados estuviesen destinados a tener una mayor protección<sup>247</sup>.

Luego, la razón de ser, objetivamente del Derecho del Trabajo, es la corrección de desequilibrios en la contratación de servicios, fundamentalmente en aquello que no haya sido regulado por otras ramas del Derecho.

Ahora en realidad, el Derecho del Trabajo –en virtud del raptó sufrido por las ideologías– para determinar la persona que requiere de protección, ha asumido fundamentalmente que el subordinado siempre se encuentra en desequilibrio, de tal manera que en la práctica, más que observar que existe desequilibrio, el Derecho de Trabajo ha generado una fijación primordialmente en la subordinación, pero en general también en los otros elementos que se han considerado que son aquellos que generan la necesidad de protección; de tal forma que se olvida determinar cuándo hay desequilibrio en la realidad aplicando sólo lo que teóricamente se ha considerado como relaciones que requieren de protección. Así se ha desarrollado un Derecho del Trabajo que muchas veces se encuentra alejado de la realidad, lo que además al parecer no es una vergüenza para muchos tratadistas, sino el deber ser del Derecho.<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> “La función integradora -juridificación, institucionalización- del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado –sin que se nos oculten, por cierto, las dificultades objetivas para acceder a una noción explicativa pacífica del término “función social” dentro de la teoría sociológica- es la razón de ser histórica o causa eficiente del Derecho del Trabajo, al propio tiempo que la justificación de su mantenimiento o permanencia. 2ª Esta función esencial reposa sobre un delicado equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o total del trabajo asalariado – compensación de las desigualdades del contratante débil y de los grupos sociales dependiente-, por otro.” PALOMEQUE, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. En *Revista Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 7

<sup>248</sup> “One of the aims of the critics and of the former sec. 7 para. 4 SGB IV was – besides a teleological approach – to give an operational definition. As the dispute has shown, the defenders of the prevailing

Por lo tanto, se ha dejado de observar si realmente existe desequilibrio –y si por ende en ese caso se requiere de protección– para pasar a analizar otros indicadores que realmente no determinan cuándo efectivamente existe desequilibrio; por lo tanto, el principal problema del Derecho del Trabajo, yace en la pérdida de su función puesto que por una parte, desde las teorías liberales ha dejado de observar la protección de la parte en desequilibrio y por otra, desde las teorías sociales se ha basado en determinar el desequilibrio en virtud de indicadores falsos.

Esto pues, lleva a precisar, una vez detallada la problemática en cuanto al objetivo del Derecho del Trabajo, cuál debe ser el mismo; pero analizado desde una perspectiva pragmática. Fin al que dedicaré el apartado posterior.

## **9.6. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DEL CONTROL DEL DESEQUILIBRIO**

En esta virtud, el objeto del Derecho del Trabajo deberá efectuar regulaciones más allá de las taras ideológicas que lo han perseguido, esto implica, por una parte asumir el hecho de que existe un mercado de trabajo –lo cual es una realidad–; luego, también entender que el Derecho del Trabajo tiene una función económica puesto que se desenvuelve en un mercado, de tal manera que si va a existir tiene que considerar la existencia del mercado.

Esto significa a su vez, que no se debe asumir ninguna de las ideologías más importantes en cuanto al diseño del Derecho de Trabajo como ciertas. De esta forma, ni mucha protección asegura un mercado de trabajo sano, ni tampoco la inexistencia de protección, ya que no se ha probado científicamente que ninguna de estas soluciones determine resultados siempre positivos; como cada uno de los teóricos de estas ideologías clama<sup>249</sup>.

---

opinion, instead of being ashamed that they have not been able during the last decades to produce operational criteria, are even proud that they do not care about the practicability of the definition at all.” WANK ROLF. *Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004, pág. 140.

<sup>249</sup> “The European Parliament itself, commenting on the Commission’s Green Paper, pointed out that ‘recent studies of the OECD and of other organizations have shown that there is no evidence that reducing

Por lo tanto, desde la perspectiva económica, la reformulación tendrá que efectuarse en la medida en que permita la existencia de un mercado sano —ya que este es el medio donde se desarrolla el trabajo—, sin que por otra parte se entienda que este es el único objeto del Derecho del Trabajo, sino uno de ellos.

La crítica a esta definición del objeto del Derecho del Trabajo podría ir por la vía de entender que si se defiende el mercado, se está asumiendo también una posición ideológica. Al respecto, se puede decir que el mercado es una creación ideológica; más el hecho de considerar la existencia del mercado desde esta definición del objeto del Derecho del Trabajo, no es asumiendo que toda la filosofía liberal es la única cierta, sino entendiendo que es una realidad a la que deben presentarse respuestas.

Luego pues, tendrá que considerarse que el objeto del Derecho del Trabajo como razón de ser es corregir los desequilibrios dentro de la prestación de servicios personales<sup>250</sup> ya que esta es la razón principal por la que en un inicio se creó esta normativa jurídica; por lo tanto, el objeto central del Derecho del Trabajo tiene que ser el encontrar con la mayor exactitud, dónde se sitúan estos desequilibrios, de tal manera que se regulen, sin que tampoco esto proceda a generar efectos negativos en el mercado. Aquí pues, entra la consideración del mercado como realidad ineludible actualmente.

Por otra parte, también se podrá decir que el objeto del Derecho del Trabajo, visto desde la perspectiva de la corrección de desequilibrios que existan dentro de la prestación de servicios personales, también es ideológica; al respecto, si bien es cierto que el Derecho del Trabajo nace por una corriente ideológica que consideró que sólo los subordinados se encontraban desvalidos y que por ende necesitaban de protección<sup>251</sup>, en la medida que

---

dismissal protection and weakening of standard employment contracts facilitates employment growth', and that, on the contrary, there are European countries that demonstrate clearly 'that a high level of protection against dismissal . . . is fully compatible with high employment growth'. It was also stressed that there is no proven correlation between loosening of constraints on dismissal and an increased propensity to take on employees; national studies, in fact, show the opposite, namely the persistence of high rates of employment in the presence of strong regulations on dismissals." CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 89.

<sup>250</sup> SÁNCHEZ, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?* en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 772.

<sup>251</sup> FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford:

se supera la presunción de que el obrero o el asalariado siempre es el débil, y se considera que el Derecho del Trabajo deberá corregir los desequilibrios reales que se generan en la prestación de servicios; se encuentra un objetivo que si bien nace de una ideología, busca encontrar argumentos de razonabilidad para la protección que genere, de tal manera que a su vez deja de ser tan relevante la diferenciación entre subordinados o autónomos<sup>252</sup> ya que, lo que debe verificar el Derecho del Trabajo es quién se encuentra en un estado tal que requiera de protección, para lo cual muchas veces no importa la clásica calificación binaria dado que el equilibrio o desequilibrio en el poder de negociación que se busca evitar por el Derecho del Trabajo va mucho más allá de aquella

En consecuencia, el límite pragmático con respecto al objetivo del Derecho del Trabajo, será uno que, considerando la economía, asuma de cualquier forma que el Derecho del Trabajo existe para corregir desequilibrios<sup>254</sup> en las relaciones para la prestación de servicios.

Esta es la clave del objeto del Derecho del Trabajo observado desde una visión pragmática, ya que no se protege al trabajador por ser más digno o porque esto lo revista de una superioridad moral –como lo alegarían las corrientes sociales que interpretan el

---

Oxford University Press, 2011, pág. 20.

<sup>252</sup> “This brings us to the heart of the problem which we might have with the binary divide; it is that the distinction between the contract of employment and the (personal) contract for services may have become a largely or entirely self-referential one, an example of legal autopoiesis, that is to say a distinction maintained within an enclosed sphere of legal argumentation having no firm connection with realities outside that sphere.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 107.

<sup>253</sup> KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág 85

<sup>254</sup> “...Pero nuestro ordenamiento sigue siendo tuitivo. En el siglo XXI no es ya ni patriarcal ni paternalista, pero sigue tendiendo su último sentido en la consecución del equilibrio entre las dos partes de la relación laboral, cuando una de ellas, la del trabajador, se encuentra en inferioridad socioeconómica. Dicho de otro modo, el Derecho del Trabajo se encarga de poner límites al lógico objetivo de reducción de costes y optimización de beneficios que la empresa persigue en un sistema de mercado; y lo hace en atención a las expectativas personales, familiares y sociales de los trabajadores. Ya no es, afortunadamente, un ordenamiento que tutela indigentes o ha de luchar contra abusos criminales, pero tampoco puede ser todavía aséptico, insensible y neutral. En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO «*el Derecho del trabajo cumple hoy una función económica al servicio de la eficacia a la eficiencia...Es un presupuesto necesario de una sociedad democrática avanzada y de una economía y un sistema de empresas dinámico y competitivo, pero para ello debe seguir siendo un derecho protector de los trabajadores*».” MOLERO, CARLOS; SÁNCHEZ-CERVERA JOSÉ; LÓPEZ, MARÍA JOSÉ; MATORRAS, ANA. *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª edición. Cizur Menor: Civitas, 2012, págs. 48-49.

objeto del Derecho del Trabajo—; lo que se busca es regular los desequilibrios en los casos que amerite, ya que este es un requisito básico para que funcione el mercado —que es el medio en que se desarrolla el trabajo—. Es decir, es necesaria esta regulación, para la propia existencia de actividades de prestación de servicios donde, además, la regulación deberá estar aparejada de una valoración de la realidad,<sup>255</sup> y no solamente sometida a la aplicación de presunciones que muchas veces resultan ilusorias, pero a la vez indiscutibles.

---

<sup>255</sup> “Labour law is thus primarily conceived as a set of interventions in the labour market, that is, in the negotiation process for contracts of employment. The point of all this is, of course, ‘justice’ in this part of our lives, that is, in employment relationships. The idea of justice does not need, for most labour lawyers, a complete theoretical account (...) On this view any particular mode of human productive activity, such as employment, is not the focal point. Our goals are at once broader and deeper than any notion of justice as remedying inequality of bargaining power in any particular configuration of human productive interactions could be. These categories are not conceptually basic, no longer building blocks of the theory, but simply one possible site of deployment of an intelligent ‘labour law’ policy. (What should we call our subject on this new view? ‘Work law?’—too narrow. ‘Human development law?’—too broad, but closer to the mark.)” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law’s Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, págs. 23-34.

## *Título X*

### **REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DESDE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**

Una vez que se ha determinado cuál es el límite para la redefinición de la relación protegida por el Derecho del Trabajo a partir de analizar cuál es el objetivo que tiene el Derecho del Trabajo, procederá analizar cuál es límite para la redefinición de la relación de trabajo protegida a partir de la normativa jerárquicamente superior a aquella que contiene una regulación de la relación de trabajo jurídicamente protegida; misma que cada vez adquiere una relevancia mayor a la hora de determinar el objeto y alcance del Derecho del Trabajo<sup>256</sup>.

Al efecto pues, en el Ecuador el Código de Trabajo define la relación de trabajo que debe ser tutelada por el Derecho Laboral –según se ha visto–; por lo tanto, si lo que se pretende es redefinir esta relación, además de observar cuál es el objeto del Derecho del Trabajo tal como se ha hecho, se tiene que observar los límites generales que han impuesto las normas superiores al Código de Trabajo. En particular, lo que establece la Constitución de la República y los principales Tratados Internacionales vigentes.

#### **10.1. APLICABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

La Constitución del Ecuador es la norma suprema del ordenamiento jurídico, así lo establece el artículo 424 de este mismo cuerpo normativo que en lo particular señala:

---

<sup>256</sup> “Norms of a constitutional character similarly play a central role in the regulation of this important institution in most continental systems and, through the influence of EU law and human rights legislation, they are increasingly emerging as key factors in the regulation of the contract of employment in English law too.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 59.

*“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*

En materia de Derechos Humanos, tanto la Constitución de la República como los Tratados Internacionales que versen sobre lo mismo, forman un bloque de jerarquía superior sobre otras normas de la Constitución en cuanto sean más favorables a las normas contenidas en la propia Constitución del Ecuador.

En lo referente y puesto que el Derecho del Trabajo es un Derecho Humano, tanto las disposiciones referidas con respecto a este contenidas en la Constitución como en Tratados Internacionales, gozan de primacía sobre otras normas contenidas en la Carta Magna. En cualquier caso, la regla general será que la Constitución –en materia de Derecho Humanos– prima a su vez con respecto a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos puesto que la Constitución es la norma que permite la existencia del Estado; de ahí que no podrá modificarse por normas ajenas a aquella que permite la existencia del Estado donde se aplica, ya que esto iría contra la misma existencia del Estado, toda vez que si los Tratados Internacionales pueden libremente modificar la Constitución, la misma existencia del Estado deja de ser un hecho indiscutible, y la aplicación del Derecho deja de tener el medio ambiente jurídico político necesario para que se produzca. Por lo tanto, al analizar las normas superiores que se refieren al Derecho del Trabajo, comienzo por la disposición de mayor jerarquía en el Derecho ecuatoriano, es decir con la Constitución, que es la que permite la misma existencia del Estado.

Al respecto, la Constitución contiene varias normas que protegen el Derecho del Trabajo, mismas que son de fundamental y de primordial observancia, ya que son directa e inmediatamente aplicables dentro del ordenamiento jurídico, sin necesidad de cualquier otro requerimiento.



Así lo establece el artículo 11 de la Constitución de la República que en lo relacionado establece:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*

*4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*

*5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*

*6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”*

Por lo tanto, en materia de aplicación tanto de la Constitución como de los Tratados Internacionales, los Derechos contenidos en estos instrumentos son directamente aplicables, por lo que al momento de determinar la redefinición del Derecho del Trabajo es fundamental considerar lo que establece tanto la Constitución del Ecuador, como los Tratados Internacionales vigentes, ya que estos informarán la manera en que deba redefinirse la relación de trabajo protegida en el Ecuador. Por lo tanto, paso a referirme a estas normas.

## 10.2. CONTENIDO LABORAL DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

La Constitución del Ecuador, al definir al trabajo señala:

*“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”*

En cuanto a la definición de la relación de trabajo, se puede observar que la libertad de trabajo contenida en el artículo precedente no se limita a los trabajadores subordinados. El hecho de que se reconozca al trabajo como un derecho se encuentra definido con absoluta amplitud. En general, se encuentra que la protección del trabajo, de acuerdo a la Constitución del Ecuador, se extiende claramente a las personas trabajadoras en de manera universal; por lo que puede encontrarse una manifestación directa hacia un Derecho del Trabajo amplio.

Esto se corrobora más aún con lo previsto en el artículo 34 de la Constitución de la República, que señala:

*“Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.*

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

Al respecto, un derecho como el de la seguridad social, que tradicionalmente se ha conferido a los trabajadores subordinados, dentro de la Constitución de la República es conferido en el sentido más extenso posible. Así pues, el mismo se genera para todas las

personas, expresamente se extiende a aquellas que realizan trabajo no remunerado en el hogar y para su propio beneficio, así como también, a todos los autónomos e incluso los desempleados. Puede entonces, encontrarse que la Constitución del Ecuador a la hora de conferir la protección ante desequilibrios, sigue una posición que en mucho excede como ámbito a los subordinados.

Más adelante, la Constitución del Ecuador, con respecto al hecho de buscar una protección amplia, es absolutamente expresa. En lo particular pues, dentro del artículo 325 del Código de Trabajo, reconoce todas las relaciones de trabajo, y en general protege al trabajo sin limitarse a algún tipo de trabajo en particular. Así pues, señala:

*“Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.”*

Por lo tanto, la Constitución de la República reconoce todas las modalidades de trabajo desde una perspectiva comprensiva y expresa, cosa que además, no es un hecho único en el mundo, sino que recoge lo que han sido otras Constituciones que determinan el ámbito del Derecho del Trabajo en ese mismo sentido; es decir, desde la protección del trabajo sin limitarse a la subordinación.<sup>257</sup>

A su vez, la Constitución del Ecuador establece un catálogo de principios aplicables al

---

<sup>257</sup> “El Derecho del trabajo puede definirse como el Derecho de los trabajos, esto es, el trabajo “en todas sus modalidades”, a voces de la fórmula adoptada por el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, al definir el trabajo como derecho fundamental, en concordancia con el artículo 1 de la norma superior, que lo considera valor sobre el que se funda el Estado social de Derecho. “La norma fundamental es el soporte normativo de la protección del Derecho del trabajo como género, a través del cual se accede a las garantías que el Estado social de Derecho ofrece a los ciudadanos. En Europa se encuentran ejemplos de ordenamientos constitucionales que contemplan esta figura como soporte de la estructura constitucional. Tal es el caso de la Constitución italiana de 1948, cuyo artículo 1 dispone: “Italia es una república democrática fundada en el trabajo”. De la misma manera, el artículo 35 de la Constitución española de 1978 establece: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.” La concepción colombiana no es ajena a las normas fundamentales europeas, las cuales han superado la tradicional concepción del Derecho laboral –subordinado–, estructurando una nueva visión de esta disciplina que toma por nombre el trabajo, lato sensu.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 141.

Derecho del Trabajo. En relación a eso, el artículo 326 de dicho cuerpo normativo señala:

*“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:*

- 1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.*
- 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.*
- 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.*
- 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.*
- 5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.*
- 6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.*
- 7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.*
- 8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.*
- 9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.*

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

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

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

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

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

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

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

De los principios referidos, puede encontrarse que se replica la idea de que el Derecho del Trabajo no se limita a los trabajadores subordinados. El detalle de los principios descritos en todos los casos se refiere a las personas trabajadoras, de tal manera que se precisa claramente la intención de la norma suprema, de establecer específicamente un

Derecho del Trabajo que no se limite a la relación de subordinación. Si bien es cierto, en todo caso, que algunos principios podrían entenderse solamente relacionados con el trabajo subordinado, en realidad y por las mismas disposiciones de la Constitución –que reconoce que objeto del Derecho del Trabajo son todas las modalidades de trabajo–; estas disposiciones tendrán que ser entendidas como beneficiosas para los trabajadores en general<sup>258 259</sup>. Esto a su vez, ha sido claramente reconocido por la Corte Constitucional en el Ecuador que ha entendido que las normas laborales en la Constitución se aplican a los trabajadores en general, sin necesidad de observar si los mismos son autónomos o dependientes.<sup>260</sup>

A su vez, de los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales, es claro que además estamos ante un Derecho claramente protector de la persona trabajadora desde una perspectiva amplísima, ya que es en general a esta parte de la relación de trabajo a quien le benefician los principios del Derecho del Trabajo contenidos en la Constitución; así pues, es llamativo que existe un principio de in dubio pro operario constitucional que se extiende a todos los trabajadores en general.

Por otra parte, y aunque existe este claro intento tuitivo del Derecho del Trabajo desde una perspectiva constitucional, también hay algunos límites a la protección relacionada con el interés común; así, por ejemplo pueden encontrarse disposiciones comunes en el Derecho Laboral ecuatoriano como aquella que en cualquier caso prohíbe la paralización de servicios públicos, de ahí que la protección estará limitada al punto de que proteja los intereses colectivos.

---

<sup>258</sup> “...En ese marco, en ciertas ocasiones se procede a una reinterpretación de los textos constitucionales, en términos tales que cierto tipo de mandatos dirigidos a los poderes públicos de tutela del mundo del trabajo, que tradicionalmente se habían leído en clave exclusivamente dirigida a los trabajadores asalariados, ahora se interpretan como de extensiva aplicación a cualquier trabajador, incluyendo igualmente a los trabajadores autónomos: libertad de asociación, prohibición de tratamiento discriminatorio, derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de las relaciones profesionales, derecho al trabajo, derecho a la libre elección de profesión u oficio, tutela frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, derecho a la protección social ante situaciones de necesidad, etc.” CRUZ, JESÚS. *Libre competencia y relaciones laborales*, en: BAYLOS, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA, RODRIGO. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014, pág. 1441-1446.

<sup>259</sup> VETTORI, STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 161.

<sup>260</sup> Registro Oficial Suplemento 289 de 15 de Julio de 2014.

Finalmente, también es claro que aunque protector, estamos ante un Derecho del Trabajo que persigue la coordinación con el empleador y la interrelación, así por ejemplo, se consagran las políticas de diálogo social; lo que establece que el Derecho del Trabajo previsto en la Constitución no sólo pretende una protección al trabajador, sino también una regulación de la interrelación tanto con el empleador como con la sociedad en general. En conclusión, pues, estamos ante un Derecho de Trabajo cuyos objetivos constitucionales son la protección en extenso de las personas trabajadoras, que no se limita a la subordinación y luego, es un derecho que protege, pero que por otra parte considera el interés común y por ende unos límites; así, finalmente contempla también la labor de coordinación del Derecho del Trabajo tanto entre las partes de la relación como en relación con el Estado.

Todo esto no se opone con el propio reconocimiento que la Constitución hace de la existencia del mercado como medio para la consecución del bienestar social, por lo tanto establece la clara relación que debe existir entre sociedad, Estado y mercado; de tal manera, que no estamos ante un Derecho de Trabajo que puede olvidar la existencia del mercado como una variable fundamental. Así pues, la Constitución de la República del Ecuador también reconoce esta realidad y en su artículo 283 dice en lo pertinente:

*“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.”*

Por lo tanto pues, el Derecho del Trabajo si bien parte de la idea de protección, tendrá que considerar el mercado para su propia existencia; en esta virtud se confiere al Estado las siguientes facultades con respecto al mercado, así lo establece claramente el artículo 335 de la Constitución de la República que al efecto señala:

*“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los*

*bienes públicos y colectivos.*

*El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”*

En líneas macro, se reconoce al Estado amplias facultades para el control del mercado en pos de buscar su adecuado funcionamiento. Así pues, también el mercado de trabajo, como una realidad, tendrá que someterse a estos principios dado que existe una suerte de sinergia entre el Derecho del Trabajo protector y la existencia de un mercado saludable<sup>261</sup>.

De esta forma, y justamente para conseguir el bienestar social se tiene que aplicar medidas para la corrección del mercado; claro está, considerando su vigencia tal como lo prevé la Constitución del Ecuador. En consecuencia pues, existe una clara correlación entre la protección del trabajo y la existencia de un mercado que sea controlado en cuanto a sus fallos, de esta manera, los derechos económicos se relacionan con el ordenamiento laboral<sup>262</sup>. Este será pues, el objeto, –visto desde una perspectiva panorámica– del Derecho del Trabajo, considerando lo previsto en la Constitución del Ecuador.

---

<sup>261</sup> “Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

<sup>262</sup> “La cuestión se complica por el tratamiento conjunto de los derechos fundamentales civiles con los económicos y sociales (prestacionales) con los que se llega a afirmar que los derechos fundamentales se insertan también en la relación laboral como derecho de autonomía privada, y pueden actuarse frente al empresario en el marco de la relación laboral. A partir de aquí surgen límites propiamente contractuales a la ciudadanía en la empresa, pues los derechos fundamentales complementan el contenido del contrato, influyen en su dinámica y en la interpretación y aplicación de las normas laborales y en particular de los principios o cláusulas generales, muy en especial la buena fe.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 450.



### 10.3. PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES APLICABLES EN EL ECUADOR Y DERECHO DEL TRABAJO

A continuación, procederé a analizar las principales normas internacionales vinculantes relacionadas con el Derecho del Trabajo aplicables en el Ecuador, todo esto con la intención de dilucidar –a partir del estudio de la normativa jerárquicamente superior–, cuáles son los objetivos del Derecho del Trabajo, que finalmente son los lineamientos dentro de los cuales procederé a formular una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador.

#### 10.3.1. Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El primer sistema que procederé a analizar, por su alcance más universal, será el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, especialmente en cuanto se relaciona al Derecho del Trabajo.

En esta virtud la primera norma que corresponde observar es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Al respecto pues, una primera duda que surge es si estamos ante un instrumento vinculante o no, ya que este trabajo más que las normas de *soft law*, pretende valorar el desarrollo normativo internacional obligatorio con respecto a este tema.

En lo relacionado, puesto que estamos ante una Declaración, evidentemente la primera respuesta es que no nos encontramos ante una norma internacional de carácter vinculante<sup>263</sup> como son los tratados internacionales en general. De todas formas surge la duda en cuanto se ha considerado que podría tratarse de una norma de Derecho Internacional imperativo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que sobre el tema en particular dice:

---

<sup>263</sup> “Esta declaración se aprobó por la Asamblea de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Como tal, propiamente no es un Tratado Internacional, sino que consiste en una declaración programática que fija la protección deseable de los derechos humanos que todos los Estados miembros de la ONU deberían garantizar.” ALFONSO, CARLOS. Derecho del trabajo: referentes constitucionales e internacionales. *En Revista Estudios de la Fundación*, núm 75, Octubre 2013, pág. 28.

*“Art. 53.- Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)*

*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”*

Por lo tanto, corresponderá observar si la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una norma reconocida como vinculante por toda la comunidad internacional, que solo puede derogarse por otra norma de igual envergadura que la propia Declaración.

Sobre el tema, lo primero que debe encontrarse, entonces, es que para que una norma sea catalogada como de *ius cogens* debe existir un consenso con respecto a su obligatoriedad, al respecto es un hecho objetivo que muchos países no reconocen la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos; es más, para que una norma se considere generalmente obligatoria, debe incluirse en un Tratado Internacional, hecho que no ocurre con la Declaración Universal de Derechos Humanos –norma aprobada por una resolución de Asamblea General que es un documento por naturaleza no vinculante–, de ahí que será casi imposible establecer que existe un consenso sobre el hecho de que esta norma sea vinculante <sup>264</sup>.

Tan es así, que la propia normativa de las Naciones Unidas discute su obligatoriedad; así, por ejemplo la Conferencia Mundial de Viena de 1993 expresamente establece que la Declaración Universal de los Derechos Humanos solo informa los Tratados Internacionales sobre la materia, lo que determina por otra parte que no sea vinculante. En consecuencia pues, no existe consenso sobre la obligatoriedad de la Declaración

---

<sup>264</sup> VILLÁN, CARLOS. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002, pág. 90.

Universal de los Derechos Humanos, ni siquiera en el seno de las Naciones Unidas, luego, no podemos por ese solo hecho hablar de que estamos ante una norma de *ius cogens*. Entonces, al no ser un instrumento internacional vinculante, no hago mayores precisiones sobre su contenido en materia de Derecho Laboral.

Esto, por otra parte no sucede con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ni con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y parte del sistema de las Naciones Unidas, que son vinculantes; por lo que, procedo a efectuar un análisis de los mismos en lo que se refiere al Derecho del Trabajo ya que estos si constituyen límites reales de su redefinición.

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de influencia más liberal, reconoce el Derecho del Trabajo, pero bajo su perspectiva de libertad de contratación, y relacionado con ello en su artículo 8 señala:

*“1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.*

*2. Nadie estará sometido a servidumbre.*

*3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;*

*b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;*

*c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:*

*i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;*

*ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;*

*iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;*

*iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”*

En general y desde una perspectiva protectora y que garantiza la libertad de trabajo, se proscribire el trabajo forzoso y hay que notar que la regulación no se limita al trabajo subordinado, sino que regula al trabajo en general. A su vez, limita esta prohibición a casos de interés público donde podrá generarse trabajo forzoso.

Claramente estamos ante una formulación del trabajo exigua –propia de las corrientes liberales– que ni siquiera declara al trabajo como un derecho, aunque es una norma protectora y que reconoce al trabajo en un espectro amplio.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce de manera más amplia el Derecho del Trabajo, al respecto pues dentro de su artículo 6 se señala:

*“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.*

*2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.”*

Se reconoce pues, el trabajo como un derecho de todas las personas, no solo de los

subordinados y tampoco se habla solo del trabajo subordinado. Igualmente estamos ante un reconocimiento del trabajo lato y se asume también el Derecho del Trabajo desde una perspectiva tuitiva del trabajador.

Posteriormente, los artículos 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce un amplio catálogo de derechos y hay que notar que ninguno está limitado a los trabajadores dependientes, sino que se habla en general que estos derechos laborales son de “todas las personas”.

Sin lugar a dudas, se define al Derecho del Trabajo ampliamente, se determina a su vez la vocación protectora del trabajo dentro de los artículos 7 y 8 del Pacto, vocación de protección que en todo caso está sometida a la posibilidad económica<sup>265</sup> de la consecución de los derechos; por lo que, la legislación laboral internacional, además de ser protectora reconoce la variante económica como punto de consideración a la hora de aplicar los derechos laborales. Claro está, la existencia de derechos –especialmente en el plano laboral– si bien debe considerar lo económico, esto no tiene que ser óbice para la existencia o no de los derechos, sino que debe ser medida para la extensión de su consecución.<sup>266</sup> Luego pues, los derechos del trabajo reconocidos en el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas guardan plena correspondencia con el sistema constitucional ecuatoriano en materia de Derecho del Trabajo, en la medida que se reconoce un éste como un Derecho amplio, no limitado a la subordinación; que

---

<sup>265</sup> Art. 2 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en que medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

<sup>266</sup> “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al que luego aludiré considera que el principio de progresividad no excluye la obligación de los Estados de proceder lo más rápida y eficazmente que sea posible para alcanzar los objetivos del Pacto y ratifica que ciertos derechos no pueden quedar dificultados en su adopción por la existencia de recursos insuficientes, como la igualdad salarial o la libertad sindical o el derecho de huelga, además de que en todo caso deberá garantizarse un nivel mínimo, esencial, de satisfacción de todos los derechos reconocidos en el Pacto, siendo los niveles superiores los que quedan sujetos a las posibilidades económicas.” ALFONSO, CARLOS. Derecho del trabajo: referentes constitucionales e internacionales. *En Revista Estudios de la Fundación*, núm 75, octubre 2013, pág. 35.

considera la función económica, pero que no se reduce a ésta, y que establece un claro fin protector del mismo.

### **10.3.2. Normas de la Organización Internacional del Trabajo**

Una de las fuentes primordiales para la creación de normativa internacional del Derecho del Trabajo es la Organización Internacional del Trabajo, entidad de la que emanan varios convenios internacionales en lo relacionado con este tema.

Por lo tanto, al observar el marco normativo que delimite el objeto del Derecho del Trabajo bien vale tener en cuenta las normas que esta Organización Internacional ha creado. Así pues, sobre el tema, un primer punto que llama poderosamente la atención es que la Organización Internacional de Trabajo –que existe desde el año 1919, y que ha emitido 189 convenios vinculantes– hasta la presente no ha sido capaz de crear normativa vinculante que defina a la relación de trabajo, o al menos quiénes deben estar protegidos por el Derecho del Trabajo; claro está, todo esto provocado por el amplio gradiente ideológico y doctrinal que existe entre sus miembros, lo que ha impedido llegar a acuerdos a la hora de delimitar el tema.

Más aún, es llamativo este hecho puesto que el proceso de formación de las normas internacionales de la OIT permite la creación de convenios internacionales, sin que estos necesariamente sean ratificados por todas sus partes. De ahí que bien podría existir algún convenio que defina expresamente al menos el objeto del Derecho del Trabajo o la relación de trabajo a proteger, aunque el mismo no se encuentre ratificado por varios Estados. De todas maneras, no existe ni si quiera el establecimiento de un Convenio que defina la relación de trabajo protegida; para que luego, si así fuese el caso, los Estados que así lo consideren procedan a su ratificación.

A lo más que ha llegado la OIT en este aspecto es a la emanación de una Recomendación sin ninguna fuerza vinculante, como es la Recomendación No. 198, evidenciando lo complejo que ha sido llegar a definir la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo. Sobre esta recomendación me referiré al analizar las soluciones que se han generado para redefinir el Derecho del Trabajo.

De todas formas y en este punto, procederé a analizar los convenios e instrumentos vinculantes fundamentales que se han dictado en el marco de la OIT sobre temas laborales aplicables en el Ecuador, para tratar de dilucidar cuál es el objeto que se desprende del Derecho del Trabajo a partir del análisis de los mismos.

### ***10.3.2.1. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo***

La norma fundamental de la Organización Internacional del Trabajo es su Constitución, misma que contiene como un anexo la Declaración de Filadelfia, que pese a ser una Declaración, por estar incluida en la Constitución es una norma vinculante tal como lo reconoce la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.<sup>267</sup>

Por lo tanto, en este punto, procederé a detallar lo que la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, dice en lo que respecta a nuestro estudio, así:

*“I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización, y en especial, los siguientes:*

- (a) el trabajo no es una mercancía;*
- (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;*
- (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;*
- (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando*

---

<sup>267</sup> “...1. Recuerda: (a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas”. DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO.

*en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.”*

Claramente, la Declaración del Filadelfia, una vez más se refiere al trabajo en un sentido amplio de protección. Si bien desde una filosofía predominantemente social, que somete los intereses económicos a aquellos sociales como veremos, esto, en los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo se ve atenuado.

Más aún, es la propia Declaración de Filadelfia la que establece que el Derecho del Trabajo tiene que tener una función coordinadora entre los trabajadores y los empleadores; por lo que, en el fondo no estamos ante un Derecho de lucha de clases, sino uno de coordinación, aunque sin duda con un claro afán protector. Estos principios son desarrollados en los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo que procedo a detallar.

#### ***10.3.2.2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo como mecanismo para definir el objeto del Derecho del Trabajo.***

Sin el ánimo de agotar el análisis todos los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que puedan dar luces sobre la definición del objeto del Derecho del Trabajo o la definición de aquella relación que se considerará protegida, paso a referirme a los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo que se encuentran ratificados por el Ecuador, con el objetivo de dilucidar qué objeto del Derecho del Trabajo definen entre líneas.

Así, el Convenio 029 sobre el trabajo forzoso de 1930, señala en su artículo 1:

*“1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.*

*2. Con miras a esta supresión total, el trabajo forzoso u obligatorio podrá emplearse, durante el período transitorio, únicamente para fines públicos y a*



*título excepcional, en las condiciones y con las garantías estipuladas en los artículos siguientes.*

*3. A la expiración de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del presente Convenio y cuando el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo prepare el informe a que se refiere el artículo 31, dicho Consejo examinará la posibilidad de suprimir sin nuevo aplazamiento el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y decidirá la conveniencia de inscribir esta cuestión en el orden del día de la Conferencia.”*

En general pues, es evidente la proscripción del trabajo forzoso, no solo el subordinado, sino también el autónomo, específicamente, el Convenio hace referencia a la prohibición del trabajo forzoso en todas sus formas. Esto, entonces, determina que el trabajo se define en un sentido extenso.

Si bien es cierto, de todas maneras, que hay casos de excepción a la prohibición en general del trabajo forzoso –los mismos que se encuentran en el artículo 2 del referido Convenio<sup>268</sup>–, en ningún momento hace referencia a la división binaria tradicional del Derecho del Trabajo; en general pues, se entiende que la intención del Convenio es la regulación del trabajo de forma universal. Tal vez y en todo caso, lo que sí aparece es una tendencia de la norma de la Organización Internacional del Trabajo, a diferenciar la regulación que existirá en caso de que el empleador sea privado o de interés público; así, en líneas generales, el empleador público en algunos casos podrá exigir una suerte de

---

<sup>268</sup> “Art. 2 (...) 2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; (b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; (d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población; (e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos”. C029-CONVENIO 029 SOBRE EL TRABAJO FORZOSO DE 1939.

trabajo forzosos, mientras que el empleador privado no podrá exigirlo en ningún caso, así lo establece el artículo 4 del Convenio, que señala:

*“1. Las autoridades competentes no deberán imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado.*

*2. Si existiera tal forma de trabajo forzoso u obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado, en la fecha en que el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo haya registrado la ratificación de este Convenio por un Miembro, este Miembro deberá suprimir completamente dicho trabajo forzoso u obligatorio desde la fecha en que para él entre en vigor el presente Convenio.”*

Por lo tanto, lo que si traza la Organización Internacional del Trabajo es una diferenciación entre el caso de que el empleador sea privado o público; más en cualquier caso, norma las dos situaciones aunque con diversas soluciones. No se encuentra pues, que la Organización Internacional de Trabajo asuma la teoría que entiende que sólo el trabajo subordinado puede ser protegido por el Derecho del Trabajo.

Más adelante, el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 ratifica la abolición en general de trabajo forzoso, sin referirse ni al trabajo subordinado, ni al autónomo; estamos pues, ante una legislación que una vez más entiende el Derecho del Trabajo desde una perspectiva amplia.

Por otra parte, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, Convenio 087, en su artículo 2 señala:

*“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”*

Así pues, se confiere el derecho de libertad sindical de manera amplia, no existe ninguna delimitación con respecto a los trabajadores subordinados; inclusive los empleadores

gozan de un derecho equivalente. En cuanto al margen de aplicación, solo existe la posibilidad de una delimitación del alcance del Convenio a los miembros de las fuerzas armadas y policía, al respecto el artículo 9 del Convenio 087 dice:

*“1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.*

*2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio.”*

Por lo tanto, la única limitación al Derecho del Trabajo de libertad sindical no sigue la definición binaria de subordinado y autónomo, por lo que bien puede permitir por ejemplo la sindicación del autónomo. Así mismo, no se encuentra claramente que exista un objetivo protector especial con respecto a los trabajadores, ya que similares derechos se confieren a los empleadores en toda su extensión.

Luego, con respecto al Convenio 098 sobre sindicación y de negociación colectiva de 1949, se señala:

*“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*

*2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

*(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*

*(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.”*

Una vez más, no se limita la protección sindical al trabajador subordinado. A su vez, se ratifica la posibilidad de exclusión de los miembros de la policía o de las fuerzas armadas; y además, se añade específicamente que se encuentran excluidos del régimen los funcionarios públicos. Esto significa, en todo caso, que no existe límite con respecto a este Derecho Laboral para los autónomos, ya que sí se establecen expresas exclusiones; por lo que si así se hubiese querido, también se hubiere formulado alguna con respecto a los trabajadores independientes.

Por otra parte, sí vemos que aparece un claro intento de determinar un fin protector del trabajador; por lo tanto, se va definiendo un Derecho protector, pero que no se encuentra limitado a los trabajadores subordinados.

De todas formas y aunque existe una protección más clara hacia los trabajadores definidos en sentido extenso; también se deja espacio para el desarrollo mutuo tanto entre trabajadores como empleadores, al efecto el artículo 4 del Convenio 098 establece:

*“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.”*

Con respecto al Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, se establece:

*“1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.*

*2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de:*

- (a) la legislación nacional;*
- (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;*
- (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o*
- (d) la acción conjunta de estos diversos medios.”*

En este caso, de igual forma y aunque se establece el principio de igual remuneración por el mismo trabajo, también llama la atención encontrar que no existe una limitación clara al trabajo subordinado como objeto de regulación. Cuando más y solo por vía de interpretación, podría entenderse que al hablar de remuneración se está haciendo referencia a los trabajadores subordinados; lo cual de todas formas es muy discutible ya que el Convenio al definir lo que se entenderá por remuneración no lo limita a los sueldos y salarios, sino a cualquier ingreso que perciba un trabajador –lo que podría incluir los ingresos de los autónomos–.

Así claramente lo establece el artículo 1 del Convenio 100, que en lo particular señala:

*“A los efectos del presente Convenio:*

- (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;*
- (b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”*

Por lo tanto, el principio de igual remuneración por igual trabajo también está regulado de manera extensa. De cualquier forma, lo que sí podrá encontrarse es que existe una clara intención hacia la protección del trabajador a partir de esta norma, por lo que es evidente el interés tuitivo de la misma; lo que define a este como uno de los objetivos del Derecho del Trabajo a partir de este Convenio de la Organización Internacional del

Trabajo.

A su vez y sobre este tema, el Convenio 111 Sobre la discriminación de empleo y ocupación de 1958, que proscribe la discriminación en general y no solo en cuanto a la remuneración, dice en cuanto al objeto del Convenio en su artículo 2:

*“Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”*

Claramente, la norma de la Organización Internacional del Trabajo impide la discriminación en cualquier tipo de trabajo, no sólo se limita a hablar de la prohibición de la discriminación en el empleo, sino que es prolija también en señalar que la misma está impedida con respecto a cualquier ocupación. Se repite entonces la tónica de la normativa de la Organización Internacional de Trabajo que tiende a proteger el trabajo en general desde una perspectiva amplia.

Es, a su vez, una norma que no sólo se limita a proteger al trabajador ya que sus postulados para impedir la discriminación pueden extenderse tanto hacia el trabajador como al empleador. Adicionalmente, hay que encontrar que se deja la posibilidad para que, por razones de orden público, en virtud de las cuales se considere que se imponga una medida discriminatoria contra una persona que se presume o haya atentado contra la seguridad del Estado, esta medida sea considerada como válida. Lo que determina a su vez, el claro interés de las normas de la Organización Internacional de Trabajo para precautelar el bien común, incluso por encima de la corrección de desequilibrios que puedan existir en la relación de trabajo.

Por otra parte, el Convenio 138 sobre la edad mínima de 1973, establece en cuanto a su alcance en su artículo 1:

*“Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo*

*a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.”*

En consecuencia, también se busca abolir el trabajo de niños, igualmente regulando el trabajo en general y no solamente el subordinado. Claramente la opción que toma el ordenamiento fundamental de la Organización Internacional de Trabajadores busca una regulación amplia del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, se establece como edad mínima general para el trabajo la edad de quince años; aunque por razones económicas esta edad podría ser menos, lo que implica que la protección podría estar supeditada a razones de sostenibilidad económica<sup>269</sup>.

Esto se ratifica si se analizan los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Convenio 138, mismos que establecen la posibilidad para los Estados de establecer actividades que se encuentren exentas del cumplimiento de esta edad mínima o incluso actividades que ab initio se encuentren fuera del cumplimiento de las obligaciones de edad mínima para el trabajo, por lo que a su vez se entendería que el objeto de protección del Derecho del Trabajo claramente se limita al interés general de acuerdo a las normas de la Organización Internacional del Trabajo –lo que se encuentra de manera muy común como se ha evidenciado al analizar los Convenios fundamentales previamente valorados–. En consecuencia pues, estamos ante un objeto de protección, que es el Derecho del Trabajo extensamente regulado, que busca la protección del trabajador en este caso, pero con claros límites con respecto al interés común y lo sostenible de la política dentro de lo

---

<sup>269</sup> “Art. 2 1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio; a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 a 8 del presente Convenio, ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna. 2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que establece una edad mínima más elevada que la que fijó inicialmente. 3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años. 4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años. 5. Cada Miembro que haya especificado una edad mínima de catorce años con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente deberá declarar en las memorias que presente sobre la aplicación de este Convenio, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo: (a) que aún subsisten las razones para tal especificación, o (b) que renuncia al derecho de seguir acogiendo al párrafo 1 anterior a partir de una fecha determinada.” C138-CONVENIO 138 SOBRE LA EDAD MÍNIMA, DE 1973.

económico.

Para terminar el análisis de los Convenios fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo, y cómo éstos entienden el trabajo protegido por su ordenamiento, vale referirse al Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999, en cuanto al alcance de sus disposiciones establece en su artículo 1:

*“Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.”*

En consecuencia, la regulación también en este punto no se ve limitada al trabajo subordinado o al trabajo autónomo. Particularmente, establece los trabajos que se consideran como las peores formas, al efecto dice en el artículo 3 del Convenio 182:

*“A los efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:*

*(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*

*(b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;*

*(c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y*

*(d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.”*

Puede verse que la norma no opta por determinar el trabajo en virtud de si este es subordinado o no, para considerarlo como una de las peores formas que se encontrarían prohibidas. Se observa que la definición de las peores formas de trabajo que se



encontrarían proscritas, se especifica en virtud de la actividad sin importar la forma en que se realice; de tal manera, que se confirma la regulación amplia del Derecho en la normativa fundamental de la Organización Internacional de Trabajadores.

Puede observarse que a diferencia de lo que sucedía con el Convenio 138, en este se opta solamente por prohibir algunas actividades mientras que las demás quedarían abiertas a su no eliminación. A su vez, se permite que sea el Estado quien determine cuáles son las peores formas de trabajo, más allá de las ya declaradas; lo que significa que si bien se reconoce la protección, existe una amplitud por parte del Estado para que modele la norma. Una vez más, se encuentra un contenido protector, pero sometido a los intereses del Estado, que se entiende representa el interés público.

En general pues, se concluye que las normas que regulan el Derecho del Trabajo en la Organización Internacional del Trabajo, fundamentalmente, no reconocen la división binaria clásica del Derecho del Trabajo como un mecanismo para definir su ámbito. A partir de los Convenios fundamentales, puede concluirse que la intención en general de la Organización Internacional del Trabajo es la de regular los ámbitos más amplios posibles del trabajo en general.

Por otra parte, se encuentra que sí existe un claro objeto de protección, que en algunos casos se centra en el trabajador, aunque en otros incluye a todas las personas que intervienen en el mercado del trabajo; por lo tanto es un Derecho más realista, que como uno de sus objetos claramente establece la coordinación entre trabajadores y empleadores; no de otra forma se entiende por ejemplo que el Derecho de libre sindicación se incluya también para los empleadores, o el de la no discriminación.

Finalmente, las normas de la Organización Internacional del Trabajo en varios casos reconocen las particularidades económicas que pueden generar. Así mismo, toda norma casi siempre se supedita al interés general que ordinariamente se asume es definido por el Estado, de tal manera que tampoco existe una protección ilimitada, sino que esta se vincula estrechamente con intereses económicos y el los fines del Estado. Claramente pues, el Derecho que se configura a partir de las normas fundamentales de la Organización Internacional de Trabajadores es un Derecho realista.

### 10.3.3. Normativa de la Organización de Estados Americanos relacionada con el trabajo

La Convención Americana de Derechos Humanos es el Tratado Internacional principal dentro del sistema de la Organización de Estados Americanos de Derechos Humanos, por lo tanto su referencia se hace indispensable si se analizan los principales Tratados Internacionales aplicables al Ecuador en materia del Derecho del Trabajo, que evidentemente es un Derecho Humano.

Luego, y en virtud de la denominación de la Convención Americana de Derechos Humanos, se podría asumir que estamos ante un documento que incluirá un importante catálogo de Derechos y especialmente un amplio desarrollo en lo relacionado con el Derecho del Trabajo.

Lejos de lo señalado, del análisis de la Convención Americana de Derechos Humanos puede encontrarse que existe una muy escueta referencia al trabajo en general, al efecto pues vale referirnos al artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en lo particular señala:

*“Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre*

*1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.*

*2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.*

*3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:*

*a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la*

*vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;*

*b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;*

*c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y*

*d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”*

Puede observarse, entonces, que se regula el Derecho del Trabajo solo tangencialmente, en particular la prohibición del trabajo forzoso; es decir desde la perspectiva de la libertad de trabajo. Sorprende mucho que no se habla del Derecho del Trabajo expresamente. De todas formas, sí es claro que la regulación emitida –que es muy similar a la equivalente dentro de la Organización Internacional de Trabajadores– se refiere al trabajo desde una perspectiva amplia y protectora; de tal manera que no puede afirmarse que estamos a partir de esta norma, ante un Derecho que se limita a la relación de trabajo bajo subordinación.

Igualmente, ocurre en el caso del convenio 029, que las posibilidades de trabajo forzoso son amplias en la medida que beneficien al interés común por lo que aunque existe un criterio sobre el trabajo amplio y protector y este también se supedita –dentro de esta norma– al interés común.

Luego, y sobre el hecho de que solamente se regule el trabajo de manera muy escueta, bien vale recalcar que esto nace por el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos se emitió bajo la importante influencia de los Estados Unidos de América, nación que históricamente ha evitado el reconocimiento de derechos sociales<sup>270</sup>;

---

<sup>270</sup> “...Como se recordará, la categorización de los derechos sociales como principios no jurisdiccionales se introduce en la Carta posteriormente a su proclamación formal el 7 de diciembre de 2000, a instancias del gobierno británico. Dicho proceso de deconstitucionalización de los derechos sociales nos retrotrae a otro momento histórico, que resultó clave en el retroceso del constitucionalismo al otro lado del Atlántico. En los Estados Unidos, la codificación constitucional de los derechos sociales fue propuesta por Roosevelt

de ahí que se reconoce el derecho al trabajo en su más mínima expresión.

A su vez y paradójicamente, aunque la Convención Americana de Derechos Humanos fue fuertemente influenciada por los Estados Unidos de América, ni siquiera ha sido ratificada por este Estado; por lo que al final la potencia que lo propuso impone un régimen al que ni siquiera se somete, cosa que no suele ser extraña. Así también sucede por ejemplo, en el caso de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual no se somete los Estados Unidos de América, aunque públicamente se presenta como el adalid de la defensa de los Derechos Humanos.

Ante esta situación, posteriormente se formuló el Protocolo de San Salvador para reconocer Derechos Sociales –dentro del Sistema de Derechos Humanos de la Organización Estados Americanos–. En esta virtud pues, vale referirnos a este documento, que en su artículo 6 reconoce el derecho al trabajo, y al respecto señala:

*“Art. 6.- Derecho al Trabajo*

*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.*

*2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico - profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.”*

Así pues, se define al Derecho del Trabajo en una amplia extensión y conferido a todas las personas, claramente no existe una limitante en relación con el trabajo subordinado.

---

como un segundo Bill of Rights. Pero éstos no llegaron nunca a ser consagrados como tales.” LLOBERA, MIREIA. El vigente proceso de mutación constitucional evolución y situación actual. *En Revista Publicaciones de la Fundación 1º de Mayo*, Junio 2012, pág. 5.

Adicionalmente, también se entiende un Derecho del Trabajo claramente protector, en esta virtud, se reconoce un amplio catálogo de derechos del trabajo, que si bien por su configuración podría parecer que se limita al trabajo subordinado; en realidad nada permite concluir que así lo sea ya que la definición del trabajo y los derechos que reconoce el Protocolo se hace desde una perspectiva amplia. Por ejemplo, al definir los titulares de los derechos del trabajo es claro que estos se confieren en favor de toda persona, tal como se desprende del artículo 6 del Protocolo de San Salvador, sin limitar su alcance a un tipo de relación en particular.

Luego, al hablar de los ingresos que todo trabajador debe recibir, el Protocolo de San Salvador es claro cuanto a señalar que estos deben garantizar condiciones de subsistencia “digna y decorosa”, de manera que la garantía de ingresos adecuados por el trabajo en ningún caso se limita a la relación por subordinación. Correlativamente, también se reconocen derechos laborales como el derecho de libertad de trabajo, que una vez más se describe desde una perspectiva amplia que puede incluir cualquier actividad productiva, de forma tal que es evidente que puede entenderse que al menos algunos de los derechos laborales que se configuran no se limitan a la relación de subordinación.

De todas formas, sí puede observar que se incluyen derechos laborales que pueden asimilarse más directamente a relaciones de dependencia. Así, por ejemplo dentro del artículo 7 del Protocolo de San Salvador se reconocen derechos tales como un –sui generis– derecho al ascenso en el trabajo, derecho a la estabilidad –que incluye el de indemnización por despido injustificado–, derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho a una jornada de trabajo limitada, o el derecho al descanso<sup>271</sup>; al respecto, aunque

---

<sup>271</sup> “ Art. 7.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familiares y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva. c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. La seguridad e higiene en el trabajo; f. La prohibición de trabajo nocturno o

se podría decir que estos derechos son realmente aplicables a relaciones subordinadas que ordinariamente establecen una relación estable con un trabajador determinado, en realidad cabe notar que ninguno de los derechos antes referidos se encuentra expresamente limitado a las relaciones de subordinación. De todas formas, sí es verdad que se puede entender que los mismos se aplicarían más a relaciones de trabajo cercanas a la subordinación, sin embargo, no puede ser coincidencia que al crearse la normativa, en ningún caso se haya establecido que la relación de trabajo relevante para conferir derechos es la relación de subordinación, por lo tanto cabe concluir sin duda alguna que se pretende que estos derechos se extiendan a la mayor cantidad de relaciones; por lo tanto, nada en la normativa referida podría llevar a concluir que la relación de trabajo relevante para otorgar derechos es la relación de subordinación. De ahí que estamos ante un regulación que mayoritariamente pretende conferir derechos laborales desde una perspectiva amplia, lo que determina que –como es la tónica en la mayoría de las disposiciones supralegales– en virtud de su aplicación en ningún caso puede decirse que la relación de trabajo jurídicamente relevante en el Ecuador debe limitarse a las relaciones clásicas que han sido protegidas por el Derecho del Trabajo.

A su vez, también se puede concluir es que la normativa del Protocolo de San Salvador, tiene un claro objeto protector, incluso más expreso que el que habíamos encontrado dentro de las normas de la Organización Internacional de Trabajo, donde el único límite para la ejecución de los derechos laborales que se desarrollan es el límite general de que sea sostenible por las condiciones económicas de los Estados miembros. En consecuencia pues, existe en el sistema Americano, un Derecho del Trabajo definido ampliamente en la medida que no se limita la concesión de derechos laborales a ningún tipo de relación de trabajo en particular. Así mismo se encuentra que es un Derecho protector; pero que considera la tutela en la medida de que pueda sostenerse desde la perspectiva económica,

---

en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida; g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.” PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

todo lo que es concordante con las demás normas supraleales que se han estudiado dentro de este apartado.

#### **10.4. Derecho Laboral extensivo a partir de la Constitución y Tratados Internacionales.**

Como conclusión entonces, es absolutamente evidente que a partir de la valoración de la Constitución de la República y de las principales normas internacionales relacionadas con el trabajo –y que son aplicables en el Ecuador– puede encontrarse que el Derecho del Trabajo no necesariamente se encuentra concebido para regular solamente la relación de subordinación; por el contrario, la vocación de las principales normas internacionales así como de la Constitución de la República, es regular el trabajo dentro de un amplio sentido. No se encuentra pues, el objeto del Derecho del Trabajo –por lo menos desde esta perspectiva– limitado al trabajo subordinado; por lo que esta es una presunción que fácilmente puede ser modificada, y no solo eso, sino que debe ser modificada ya que la protección prevista no se adapta a lo que las normas de jerarquía superior establecen.

Particularmente, en el caso de la Constitución de la República también tiene que observarse que no sólo es una interpretación el hecho de que se buscan reconocer relaciones de trabajo más allá de la subordinación; expresamente, la Constitución de la República realiza el reconocimiento de todas las modalidades del Derecho del Trabajo, por lo que el objeto de la protección provista por las normas laborales, sin duda alguna, no tendrá que limitarse a la subordinación como una obligación impuesta por la jerarquía normativa supraleal. Así pues, es evidente que se establece una variedad de derechos y principios laborales que se confieren a toda persona trabajadora, reclamo de algunos sectores de la doctrina<sup>272</sup>, que ahora se ve juridificado.

Luego, es claro que se puede decir que el Derecho del Trabajo, a partir de las normas analizadas, es un Derecho protector que en general busca corregir los desequilibrios; lo

---

<sup>272</sup> “...Some norms of labour law are, or should be understood as, basic human rights that pertain to every human being, without any reference to the details of that individual’s work supervision or compensation. This is particularly true of norms of health and safety.” HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 59.

que se encuentra particularmente en la Declaración de Filadelfia, que es clara en cuanto a establecer la pretensión de buscar la igualdad de oportunidad de las partes, cosa que implica justamente que exista un poder de negociación equivalente, hecho que además es plenamente reconocido por la Constitución del Ecuador, como se ha analizado.

En esta virtud pues, también puede encontrarse que si bien el objeto del Derecho del Trabajo es la protección, es claro que se establece un fin de coordinación entre los trabajadores y los empleadores. Así, no estamos ante un Derecho que establezca la sola protección, sino la protección coordinada como una mecanismo para obtener el bien común; objeto claro en la Constitución del Ecuador si se analizan las normas que confieren derechos de trabajo aparejadas a las normas que garantizan la existencia del mercado –como el artículo 283 de la Constitución de la República–, todo lo cual tiene perfecta correlación con las normas internacionales que se han desarrollado sobre el tema que, particularmente, para la consecución de los fines sociales siempre buscan que exista una sostenibilidad económica. No es pues, un Derecho solamente protector, sino que se encuentra enmarcado dentro de la realidad para hacer efectivamente vigentes las normas que contiene, lo cual sin duda es digno de encomio, ya que de nada vale un Derecho del Trabajo aislado de la realidad que al final se torna inaplicable.<sup>273</sup>

Adicionalmente, también se encuentra que el Derecho del Trabajo es protegido pero también sometido al interés común, lo que es evidente en prácticamente todas las normas laborales tanto constitucionales como internacionales, las cuales expresamente lo someten a ese interés, de ahí que tampoco la protección provista por el Derecho del Trabajo como objeto del mismo, puede ser absoluta; sino que se somete a otros intereses

---

<sup>273</sup> “...Por otro lado, las limitaciones para contratar, las funciones del contrato de trabajo o la defensa de los derechos fundamentales, aplicada al derecho del trabajo, podría hacer pensar inmediatamente en una política asistencial. Sin embargo no se trata solamente de eso. La obligación del Estado no se limita a la simple asistencia, es decir, de urgencia. La obligación del Estado consiste, en realidad, en llevar a cabo una política de derechos fundamentales, ofreciendo a todos, en particular a los más desfavorecidos, la posibilidad de ejercer sus derechos, ya que de nada sirve contar con una serie de derechos, llámense como se llamen, individuales, colectivos o sociales, si no se cuenta con los medios para hacerlos valer. Los derechos deben ser operacionales o funcionales.” SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*; en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Pág. 790.



como sucede con el interés público.

En conclusión, y partir del análisis de las normas constitucionales e internacionales es claro resaltar que el Derecho del Trabajo es un Derecho que no se encuentra limitado a la subordinación, sino que persigue la regulación del trabajo en su más amplio espectro. Luego es un derecho protector, pero que considera para esto el bienestar común y a su vez el mercado como medio donde se desarrolla el trabajo, por lo que el Derecho del Trabajo también tiene que verse a luz de la existencia del mercado<sup>274</sup>. Es pues, bastante pragmática la definición normativa del Derecho del Trabajo.

En consecuencia, ya se han definido los principales objetivos del Derecho del Trabajo que serán los que servirán para delimitar esta redefinición de la relación de trabajo que se pretende. Todo esto, a partir del objeto del Derecho del Trabajo como rama jurídica y partir del análisis de la realidad normativa supralegal aplicable al Ecuador, misma que sumando tanto el objeto del Derecho del Trabajo como rama jurídica desde una perspectiva genérica, así como también, la normativa aplicable, se determina que el objeto del Derecho del Trabajo no es otro que solventar –dentro de una marco pragmático– los desequilibrios que se producen en las relaciones entre los trabajadores y los empleadores en sentido lato<sup>275</sup>.

De cualquier forma, el intento de traslapar los principios jurídicos constitucionales e internacionales a la normativa específica que regula el Derecho del Trabajo aunque podría parecer un hecho evidente y casi automático, más aún si se considera el artículo 11 de la Constitución del Ecuador que establece que las normas constitucionales y los tratados internacionales son de directa e inmediata aplicación, en la realidad es un

---

<sup>274</sup> “...Contrary to our current starting point, much of what our subject is about is not only protecting humans, it is liberating them, ie removing obstacles to the realisation of their human capital. So, hours of work, portable pensions, notice periods, education and other leaves, information sharing, intellectual property rules, child care, active labour market policies, should all be seen in this light. So too, non-discrimination, and so on.” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law's Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág 34.

<sup>275</sup> “Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, la CE no permite vaciar al Derecho del Trabajo “de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática” (STC 20/1994, de 7 de enero).” ALFONSO, CARLOS. Derecho del trabajo: referentes constitucionales e internacionales. *En Revista Estudios de la Fundación*, núm. 75, octubre 2013, pág. 9.

objetivo que suele resultar de difícil aplicación a la legislación laboral, ya que el pensamiento clásico suele estar anquilosado, y la presión social para mantener el status quo –en este caso la protección a partir de la subordinación– puede ser incluso más fuerte en cuanto a su obligatoriedad, que la Constitución y otras normas internacionales ratifican<sup>276</sup>.

En todo caso pues, no se rehuirá en este trabajo la intención de redefinir la relación de trabajo aplicando los principios aquí detallados, por lo que será un insumo primordial para la redefinición de la relación de trabajo que se proteja, el considerar los límites para la redefinición que se establecen tanto a partir de la nueva lectura del objeto del Derecho de Trabajo como disciplina; así como también de las consideraciones que sobre el trabajo establece la Constitución de la República y los Tratados Internacionales aplicables al tema.

A continuación, procederé a analizar las propuestas que se han dado para redefinir el Derecho del Trabajo, con el afán de encontrar cuál es la solución que más se adapta al objetivo del mismo; de tal manera, que se pueda conferir una respuesta clara para redefinir la relación de trabajo a protegerse por el Derecho del Trabajo que considere los límites para la redefinición que se han trazado, pero a su vez las más importantes tendencias que se han formulado en torno a establecer una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

---

<sup>276</sup> “Constitutional litigation with a view to ‘redefining the boundaries of protection’ has not been a conspicuous success for reasons suggested above— the potential incompatibility of labour—specific norms and norms of general application. In Canada, attempts to secure ‘normal’ collective bargaining rights for provincial public servants, police and agricultural workers by means of litigation based on the Charter of Rights and Freedoms finally resulted in a lofty declaration affirming their freedom to associate; however, they continue to be excluded from rights guaranteed by statute to other workers.” ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye? - Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 380.

## *Título XI*

### ***PROPUESTAS DE REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DESDE LA ÓPTICA DE MERCADO***

Una vez que se ha analizado la problemática que supone la actual definición de la relación de trabajo protegida y que, a su vez, se han determinado los parámetros dentro de los que se deberá redefinir la relación de trabajo; procedo a analizar desde una perspectiva esquemática, cuáles han sido algunas de las más importantes propuestas para dicha redefinición, de forma tal que se pueda finalmente encontrar la forma que más se adecúe al ordenamiento jurídico ecuatoriano para la redefinición de la relación de trabajo

En esta virtud, el primer gran conjunto de propuestas que se analizará dentro de este apartado es el de las corrientes de definición que se han influenciado fuertemente por las doctrinas liberales de estudio del Derecho del Trabajo. Debo adelantar que aunque es verdad que existan otras propuestas de reformulación del Derecho del Trabajo –que pueden tener influencia de las corrientes ideológicas liberales–, aquellas tendencias que aquí incluyo se han seleccionado por ser las más representativas desde la perspectiva liberal.

En esta virtud, hay que observar que el hecho de que las propuestas que dentro de este apartado se analizan se vean influenciadas primordialmente por una ideología<sup>277</sup>, permitirá colegir al lector que no son aquellas visiones que se consideran fundamentales para la redefinición de la relación de trabajo a protegerse, ya que la investigación pretende un deslinde ideológico para la redefinición del Derecho del Trabajo. Sin

---

<sup>277</sup> “...The labour flexibility debate was very largely an ideological one, which more often than not relied on ready-made statements rather than on statistical evidence. However, as the debate continued to run, so unemployment rose to levels unprecedented since the end of the Second World War, becoming a major social and political problem.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 14.

embargo, puede decirse que estas propuestas serán analizadas tanto porque tienen especial relevancia en el desarrollo doctrinal laboral<sup>278</sup> en la actualidad, así como también con la intención de encontrar en qué parte podrían ser útiles para la redefinición de la relación protegida por Derecho de Trabajo; todo lo cual se efectuará desde una perspectiva crítica.

### **11.1. LA FLEXIBILIZACIÓN COMO CONCEPTO CENTRAL DEL FUTURO DERECHO DEL TRABAJO**

En la actualidad uno de las vías más claras que se han defendido para la reformulación del Derecho del Trabajo es aquella de la denominada flexibilización del Derecho del Trabajo, término éste que se encuentra absolutamente de moda para determinar cuál es el derrotero que debe seguir el Derecho del Trabajo.

Al respecto, y ante el llamado concepto de flexibilización que suena tan inocuo, corresponde en primera instancia determinar a qué nos referimos con flexibilidad. Sobre el tema, lo primero que hay que reconocer es que esta nomenclatura fue acertadamente elegida para utilizarse por quienes han querido defenderla, ya que sin duda es un término que inconscientemente sugiere a quien lo escucha, la idea de una virtud. Así pues, está bien visto que una persona sea flexible por ejemplo, aunque no se sepa para que o en qué término; es decir, que es un término de aquellos políticamente correctos, ya que sugiere la existencia de valores positivos, por lo que desde una perspectiva de mercado puede sonar altamente beneficioso.

En todo caso, y para lo que importa dentro de esta investigación, lo que se requiere es analizar a la flexibilidad desde su significado jurídico. Por lo tanto, lo primero que hay que considerar sobre la flexibilidad en el Derecho de Trabajo es que desde la perspectiva jurídica, muy poco se ha precisado en cuanto a determinar un claro concepto de lo que se entenderá por flexibilidad; esto no quiere decir que no se haya hablado de este concepto, por el contrario, mucho se ha dicho del mismo pero muy poco en cuanto a

---

<sup>278</sup> CASALE, GIUSEPPE. *Employment Relationship: A Comparative Overview*. Geneva: International Labour Office, 2011, pág 3.

conferirle una definición unívoca, clara y precisa.

Así pues, al definir a la flexibilidad se ha dicho en algunos casos que esta supone una flexibilización en cuanto a conferir mayores potestades al empleador para regular la forma en que se realizará el trabajo contratado, incluso en casos, excediendo el contenido del contrato y de manera unilateral<sup>279</sup>.

En particular, se ha hablado de la flexibilidad en cuanto debe suponer menor estabilidad o la inexistencia de estabilidad en la relación laboral, la desaparición de mínimos en la remuneración o la reducción de estos con respecto a todos o algunos de los trabajadores, la creación de figuras de contratación laboral con menores derechos, la disminución de indemnizaciones por despido o la desaparición de las mismas; la creación de trabajados que supongan la polifuncionalidad del trabajador y donde el empleador pueda libremente determinar la forma en que se prestará el servicio.

A su vez, y para explicar todos los mecanismos de flexibilización y darles alguna suerte de sistematización, se ha querido crear categorías de flexibilización o tipos de esta. Así pues, se habla de la flexibilización de entrada en cuanto a permitir mecanismos de contratación con menores derechos; la flexibilización de salida, en cuanto a promover un sistema de desvinculación del trabajador con menores costos –que a veces también se denomina flexibilización numérica–; la flexibilización interna que supone un incremento del *ius variandi*, que también en algunos casos se llama flexibilidad funcional. Es decir que se ha creado una gran tipología para definir a la flexibilidad, la cual muchas veces es contradictoria y no siempre muestra criterios precisos<sup>280</sup>; cosa que

---

<sup>279</sup> “...That situation may be better understood if we enumerate the principal ways in which variation may be regulated; there are three main points at which this kind of regulation of the flexibility of terms and conditions of employment might take place. Firstly, there might be regulation of the freedom of the employing enterprise to confer upon itself, from the outset of the contractual relation, the power to vary the terms and conditions of employment. Secondly, there may be controls upon subsequent bilateral variation of terms and conditions of employment; and finally there may be controls, which one might expect to be the strictest of the three types of regulation, upon the power of the employing enterprise unilaterally to impose subsequent variation of terms and conditions of employment. We could think of any of these types of control as the regulation of variation either for flexibility if it is permissive in character or for stability if it imposes strict controls.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 207.

<sup>280</sup> “...Todo lo cual nos indica hasta qué punto la amplitud del concepto de flexibilidad envuelve en realidad un profundo cambio de las instituciones contractuales más importantes, que la Comisión Europea clasifica en cuatro variantes: a) Flexibilidad externa numérica, referida a la contratación y despido y a la amplitud

evidencia que estamos ante un concepto bastante oscuro e indefinido, del cual muy pocos acuerdos doctrinarios han surgido.

Al respecto y sobre el pretendido y fallido intento de sistematización de aquello que se considera como flexibilidad, si bien es un intento interesante desde la perspectiva filosófica el intentar esquematizar los tipos de flexibilidad que existen, no deja de ser inútil, ya que en el fondo la flexibilización en general lo que supone es el pretexto para la disminución o extirpación de todos o la mayoría de derechos que el ordenamiento laboral haya conferido al trabajador; por lo que teorizar si nos referimos a un tipo u otro de flexibilización carece de sentido<sup>281</sup>, ya que en la práctica, el interés principal es el desmantelamiento del ordenamiento laboral, de tal manera que en nada varía si estamos a un tipo de flexibilización u otra; todas concluyen en la disminución de derechos del trabajador, y el incremento de potestades del empleador.<sup>282</sup>

Por lo tanto, la flexibilidad desde una perspectiva jurídica, se presenta justamente como un concepto abierto ya que en el fondo es la mejor justificación para sostener o pretender

---

de uso de los contratos temporales. b) Flexibilidad interna numérica, sobre la variación de la cantidad de trabajo utilizada en la empresa sin recurrir a contrataciones o despido, por ejemplo mediante cambios en la jornada laboral o uso de horas extra o de tiempo parcial. C) Flexibilidad funcional, referida a los cambios en la organización del trabajo o a la adaptación a nuevos desafíos como multitarea o rotación de tareas. D) Flexibilidad salarial, sobre el grado de respuesta del coste salarial a las condiciones económicas.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 557.

<sup>281</sup> “Las nuevas relaciones de trabajo se caracterizan por la inestabilidad en el empleo y la precarización del mismo; por las altas tasas de desempleo abierto y generalización del trabajo no asalariado; por la desindexación automática de los salarios en función de la evolución del costo de vida y en relación con la productividad y calidad del mismo, e incluso de la turbulencia de los mercados (flexibilidad salarial); por la emergencia de un denominado sector no estructurado que escapa a cualquier reglamentación; por la existencia de un trabajo temporal que parece más regla que excepción; por una aparente desregulación de las relaciones de trabajo; por la posibilidad del empleador de modificar el volumen de su personal (flexibilidad numérica o externa); por las actitudes y calificaciones polivalentes o múltiples de los trabajadores (flexibilidad interna); por la posibilidad de organización interna del personal por la empresa (flexibilidad funcional; así como por la posibilidad de modificar el tiempo de trabajo a fin de adaptarlo a las condiciones de producción o las necesidades de la empresa.” SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 7-9.

<sup>282</sup> “...These business practices may include, for example, a preference for wage flexibility through the use of variable pay rather than dismissal (as in Japan), or for functional/ internal flexibility, supported by the use of short-time working, as in Germany, where 80 per cent of adjustments to accommodate changes in the production cycle are implemented using internal flexibility, above all the Kurzarbeit scheme.<sup>13</sup> In other contexts, such as the United States, the preferred option is external/ numerical flexibility” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 40.

cualquier disminución de derechos del trabajo, de ahí pues que no haya una definición clara de flexibilidad; de tal manera, que todo lo que suponga la disminución del Derecho del Trabajo o el incremento de las facultades del empresario cabrá dentro del concepto, por lo tanto la indefinición que presenta no es realmente una coincidencia, sino que aparece como una realidad generada a propósito, para que en virtud de la misma se pueda justificar como un mecanismo técnico y jurídico cualquier modificación a la baja de los derechos laborales.

Se parte de la idea de que siempre que el empresario tenga mayor libertad, y de que se reduzcan los derechos del trabajador; se estará de una u otra forma modernizando el Derecho del Trabajo. Se afirma que este sería un estado más avanzado del desarrollo laboral que permitirá con base en la libertad del empleador, generar una economía más próspera<sup>283</sup>.

A su vez, para intentar fundamentar que la flexibilidad tiene un punto de razonabilidad y que en general no supone un mera apreciación subjetiva de lo que debería ser el Derecho del Trabajo desde la visión del liberalismo, entre otros argumentos se ha querido decir que el Derecho del Trabajo ha fracasado al establecer condiciones excesivamente onerosas para el empresario; de esta forma, dado que existen condiciones de trabajo menos gravosas en lugares tales como Asia, se ha producido que eventualmente los trabajos migren hacia esos sectores, lo que ha provocado que el Derecho del Trabajo cause el traslado de las empresas hacia otros ordenamientos con menor protección, por lo tanto se aduce que se requiere de flexibilidad para poder competir con esos mercados.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> “We suggest that the evolving practice of human resource management is designed to combine individuation with flexibilisation to achieve a more profound kind of behavioural adaptability on the part of the worker, according to which the human resources of the enterprise are maintained as malleable ones in a more far-reaching sense.” PAUL DAVIES; MARK FREEDLAND. *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Labour Law* BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004. pág. 147.

<sup>284</sup> “La reducción –el desmochamiento como algún autor gráficamente lo llamó– de las normas laborales venía a significar una mayor libertad de las partes, vale decir, del empresario, y por cuanto hace al tema que nos ocupa ahora, a un contrato de trabajo light en donde el empresario reforzaba lo fundamental para llegar hasta donde estima oportuno, el poder de dirección y sumisión de la contraparte. Y esa flexibilidad era absolutamente necesaria, según sus defensores, para combatir la exclusión social. El tiempo ha confirmado la naturaleza estructural, no ideológica, de esta tendencia neoliberal, por más que el

Al respecto esta es una visión extremadamente reduccionista de la realidad que, lejos de demostrar la objetividad de la corriente que defiende la flexibilidad, solamente prueba el sesgo subjetivísimo e ideológico que mantiene. Sobre el tema, dentro del mercado global, no sólo existe la variable laboral; por lo tanto, el que se asuma que se pueda competir solamente desde la perspectiva de disminuir los derechos laborales supone una falacia, ya que esta es solamente una variable. Si la única forma en que se podría competir en el mundo globalizado fuera a partir de la determinación de menores beneficios laborales, entonces las economías africanas serían las más competitivas y Alemania debería estar quebrada.

Ahora, si bien es cierto que las condiciones de los mercados laborales pueden incidir al momento de atraer capitales o no, también son hechos que tienen relevancia las ventajas comparativas tecnológicas, o de mejor preparación de los recursos humanos, por lo tanto, la crisis del Derecho de Trabajo no se explica solamente por el hecho de que por existir menores costos laborales en Asia, el trabajo en general ha desaparecido en los otros países para dirigirse a ese continente.

Así por ejemplo, si se hace un acercamiento a la realidad de países tales como España, si bien puede explicarse un decrecimiento del empleo a partir de políticas de subcontratación donde se han desplazado puestos de trabajo que antes se encontraban en España a otras naciones con menores condiciones de beneficio a los trabajadores, para cualquiera será evidente que la mayor pérdida de empleos no se ha generado por ese hecho, sino por la crisis financiera e inmobiliaria que ha surgido a partir del año 2008. De tal manera que querer culpar a la regulación del mercado laboral de la destrucción de empleos amparándose en la realidad de que en países existen menores condiciones laborales –como si esta fuese la principal y única causa para el descalabro del Derecho del Trabajo<sup>285</sup>, es más que nada una posición ideológica que no se sustenta con la realidad y que bajo ningún aspecto sustenta la aplicación de la flexibilidad a la carta,

---

protagonismo de sus adalides, Friedman, Hayeck, Reagan, Thatcher o Bush no hayan hecho pensar lo contrario. Ha sido la dura competencia del modo de producción asiático, unida a otros factores bien conocidos, la que colocó contra las cuerdas al Derecho del Trabajo de un contrato y una empresa para toda la vida.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 552.

<sup>285</sup> PALOMEQUE, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. *Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 2.



como único mecanismo para la reformulación del Derecho del Trabajo. En todo caso, más adelante se precisará algo más sobre la competencia de los mercados laborales a nivel internacional que ahora muchos de los defensores de la libertad de competencia, quieren evitar a nivel internacional cuando por otra parte es su *leitmotiv* a nivel nacional.

A su vez, otro de los argumentos que es recurrente para afirmar la necesidad de flexibilización del mercado de trabajo es que las compañías deben responder rápidamente a las necesidades de mercado, lo que ha provocado que la organización jerárquica y subordinada del trabajo ya no sea eficiente y dado que el Derecho del Trabajo fundamentalmente regula esta situación, estaríamos ante un Derecho que no responde a realidad; por lo que el mismo debe ser flexibilizado<sup>286</sup>. Al respecto pues, si bien es cierto que el criterio de subordinación no es válido y es errado, no es este un asunto nuevo; sino, como lo he detallado, es un error de la propia construcción del Derecho del Trabajo. Luego si el concepto para definir la relación de trabajo protegida es equivocado, lo lógico es contar con un mejor concepto para otorgar de salud al Derecho del Trabajo, no tiene sentido, por el contrario solucionar la rigidez de los conceptos laborales, con base a desvanecer la existencia del Derecho del Trabajo.

Al respecto, si el Derecho del Trabajo supone la corrección de fallos del mercado –mismos que son una realidad– y lo que se determina es que el mismo no está corrigiendo estos fallos, ya que se basa en un concepto como la subordinación –que es demasiado limitado para determinar esas disfunciones–, la respuesta no puede ser que se pase a un sistema que no corrige ningún mal funcionamiento del mercado, como sería el de la flexibilidad y todo esto propuesto sólo desde la perspectiva del empleador; ya que, bajo esta política se deja al mercado laboral lo más libre posible, como si existiese la perfecta competencia, posibilidad que ya ni los más liberales economistas defienden.

Finalmente, para sostener la necesidad de flexibilidad se pretende señalar que la norma

---

<sup>286</sup> “Specialisation results in the necessary flexibility to respond to changing consumer demand. Focus and specialisation results in smaller enterprises, that in turn result in smaller teams. A smaller team in turn is conducive to multi-skilling. All these organisational changes are ill suited to hierarchical organisational structures with clear cut job descriptions of the ‘Fordist factories’.” VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 15.

laboral es per se rígida<sup>287</sup>, por lo que es indispensable un cambio que permita adaptarle a la realidad económica actual donde las estructuras rígidas tienen poco asidero.<sup>288</sup> Al respecto pues, tampoco es cierta la presunción de que el Derecho del Trabajo siempre sea rígido, por el contrario y en líneas generales, estamos ante un Derecho de mínimos<sup>289</sup> que se consideran indispensables para el funcionamiento social. Por encima de esos mínimos siempre ha existido flexibilidad, luego pues, el paradigma de rigidez congénita es otro sesgo de la teoría de la flexibilidad.

Lo que sí puede decirse y que es un hecho real, es que la determinación de quien está o no protegido es rígida y en muchos casos imprecisa; y en este caso por ejemplo, cabría la flexibilidad que podría incluir mayores personas en desequilibrio para que se protejan, pero claro, esta flexibilidad no va a tono con la ortodoxia de los pensadores liberales que sin duda no favorecerán una flexibilidad que defienda al trabajador y que suponga mayores costos al capital, como sería aquella que flexibilice y en general amplíe el concepto de quien debe ser considerado como trabajador; por lo que, la teoría clásica sobre flexibilidad no encuentra ningún análisis desde esta posible perspectiva con respecto a la flexibilidad.

Es claro el sesgo que yace tras de esta idea, que pretende afirmar como si fuese un hecho cierto e indiscutible que toda liberalización del mercado de trabajo –solo desde la perspectiva del beneficio a los empleadores– siempre presentará frutos beneficiosos<sup>290</sup> y

---

<sup>287</sup> “The labour flexibility debate addressed four real or presumed rigidities in labour law. To begin with, it was argued that protection against unfair dismissal prevented enterprises from adapting staffing levels to their production cycles. The second point was that working time rigidity prevented enterprises from organizing working shifts in keeping with actual needs, especially when these were dependent on unpredictable market fluctuations. The third was that inflexible job classification did not permit enterprises to redeploy workers when and where they were needed. A fourth argument was that minimum wage regulation or, where relevant, sectoral collective bargaining, increased overall labour costs and had a negative impact on competitiveness, in particular when they pushed pay rises above productivity increases.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, págs. 13-14.

<sup>288</sup> JAVILLIER, JEAN. *Derecho del Trabajo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, págs. 175-176.

<sup>289</sup> ALFONSO, CARLOS. Crisis y Flexibilidad laboral. En *Revista Estudios de la Fundación*, núm. 31, Mayo 2010, pág. 10.

<sup>290</sup> “...En realidad, la política de flexibilidad laboral al servicio de la mejora del volumen de empleo ha venido constituyendo la razón principal explicativa y justificadora, en el discurso oficial, de las denominadas «Reformas del mercado de trabajo». Estas reformas afectan a todas y cada una de las fases de gestión de la relación laboral, tanto el momento del acceso –flexibilidad de entrada; modalidades

además la generación de más y mejores trabajos<sup>291</sup>; todo lo cual, vale recalcar que no es una verdad revelada, sino solamente una simple presunción que muchas veces se ha demostrado errada científicamente<sup>292</sup>, mismo que se encubre dentro de un concepto que suena virtuoso como la “flexibilidad” porque muy difícil sería sostener esta teoría – incluso bajo los mismos argumentos– si se denominaría solamente de reducción de la protección laboral; por lo tanto, se utilizan los conceptos para legitimar un fondo que ordinariamente no sería muy popular.

El problema central de esta propuesta –que casi es más ideología– yace justamente en su indeterminación, no se sabe pues desde dónde y hasta qué punto llega el concepto de flexibilidad; aunque ha servido para dismantelar sin ningún tipo de esquematización el ordenamiento jurídico laboral, sin que por otra parte se encuentren claros efectos positivos de esta política.<sup>293</sup> Al efecto y en los últimos años, España ha sido un claro laboratorio de políticas de flexibilidad, sin que se encuentre el crecimiento exponencial de empleo que prometía. De ahí que ya no es un tabú considerar a las políticas de flexibilidad como fracasadas.<sup>294</sup>

El concepto de la flexibilidad ha permitido entonces, reducir o suprimir los derechos laborales llevando a un mercado de trabajo cada vez más desregulado, y teniendo como

---

contractuales– cuanto en el de finalización –flexibilidad de salida: régimen de extinción–, pasando por situaciones intermedias –flexibilidad de gestión interna; régimen modificatorio o novatorio–. Esta política se concreta básicamente en ampliar el margen de actuación de que dispone el empresario a la hora de buscar la rentabilidad en las inversiones que realiza en persona, facilitándole tanto la toma de decisiones tanto en el momento de contratación como en el de la extinción. Si en un primer momento las reformas se centraron en el momento de acceso –contratación– con posterioridad, a partir de 1997, la atención se dirigirá, sin olvidar el primero hacia la extinción (garantías de mantenimiento del empleo, gestión preventiva...)” MONEREO, LUIS; MOLINA, CRISTÓBAL; MORENO MA. NIEVES. *Manual de Derecho del Trabajo*. 11ª edición, Granada (España): Comares, 2013, págs. 385-387.

<sup>291</sup> FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 379.

<sup>292</sup> “...It should also be added that on the basis of research carried out on OECD countries, the ILO did not find evidence that supports the assumption that legislation which protects against unjustified dismissal has had a negative impact on employment; (PETER AUER AND SANDRINE CAZES. *Employment Stability in an age of flexibility: Evidencia from industrialized countries*. (GENEVA, ILO, 2003) some years ago the OECD came to comparable conclusions with respect to its Member States. (OECD, *Employment Outlook* (Paris, 1999).” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 27.

<sup>293</sup> KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág 41.

<sup>294</sup> RENDÓN, JORGE. *Derecho del trabajo, teoría general I*, 2ª edición. Lima: Grijley, 2007, págs. 448-449.

horizonte un mercado de trabajo con la menor cantidad de constricciones, que genere la más absoluta libertad de acción para el empresario; lo que demuestra a su vez, el claro sesgo ideológico de la tesis, que por otra parte aunque defiende la flexibilidad, muy pocas veces –y de ordinario con muy pocos frutos– propone algún tipo de flexibilización que beneficie al trabajador.<sup>295</sup>

A continuación me referiré a un caso puntual de flexibilización, de tal manera que se puedan analizar las mecánicas que se producen al aplicar la desregulación a la carta de ciertos sectores del Derecho del Trabajo. Al efecto, me referiré a aquella figura que supone la disminución focalizada de derechos a ciertos grupos de trabajadores. Esta es la situación de trabajadores asimilables al modelo clásico, pero que en la práctica cuentan con derechos inferiores que sus pares, por la creación de una normativa que así lo permite a nombre de la flexibilización.

Es decir, aunque se puede aplicar la teoría clásica para determinar que estas personas son trabajadores asalariados y por ende deberían tener los mismos derechos que los demás trabajadores, la Ley –a nombre de la flexibilidad–, permite que estos mantengan un régimen distinto con inferiores derechos que el trabajador promedio.

## **11.2. Trabajadores con menores derechos**

Un claro ejemplo de los efectos de la flexibilidad es la creación de categorías de trabajadores que caen dentro del supuesto de la relación de trabajo jurídicamente protegida por el Derecho del Trabajo, pero que son exentos de la protección laboral puesto que se considera que por cuestiones económicas e ideológicas el único y mejor mecanismo para asignarles trabajo es que se disminuyan sus derechos laborales.

Así, se crean nuevas categorías de trabajos bajo artificios jurídicos ya que en muy poco o nada se diferencian del trabajador clásico. Un caso interesante es el alemán con la

---

<sup>295</sup> “... Según el informe de Madrid, la flexibilidad debe ser una prerrogativa compartida por los trabajadores y limitada por las exigencias biológicas y sociales de la vida humana.” SUPLOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 1, 1999, pág. 42.

profusión de los denominados *minijobs*, que suponen jornadas menores e ingresos inferiores para trabajadores que en otros casos solo podrían ser contratados por el sistema ordinario; pero que mediante esta medida pueden ser contratados mediante un régimen jurídico que permite excluirlos de los beneficios habituales. Igualmente también existe un caso análogo dentro del ordenamiento jurídico francés con el contrato de nueva incorporación o *contrat nouvelle embauche*.<sup>296</sup>

Esto no solo ocurre en Europa, también se produce en los Estados Unidos de América, donde se mantiene regímenes especiales para varios trabajadores, que cayendo dentro del paradigma clásico, no se ven protegidos ni siquiera por la limitada tuición que el ordenamiento laboral americano confiere. Así, por ejemplo, la protección en caso de desempleo o en materia de seguridad social —conferida a los trabajadores en general— muchas veces es limitada para los trabajadores considerados como atípicos.<sup>297</sup>

La razón que yace detrás de esta desregulación es que económicamente se prefiere que al menos exista algún trabajo para personas en desempleo, a que no exista ningún tipo de ocupación<sup>298</sup>. Es decir, que el Derecho del Trabajo se modifica no por una consideración relacionada con sus objetivos, sino en virtud de una consideración

---

<sup>296</sup> “Similarly, in France, a law on the *Contrat Nouvelle Embauche* (New Job Contract) was adopted in 2005, which relaxed the rules on dismissals in small enterprises (those with a workforce of less than 20 employees) during the first two years of employment. However, in two leading decisions of the Courts of Appeal of Bordeaux and Paris, this contract was held to be incompatible”. BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 76.

<sup>297</sup> “The labour laws in the United States make sharp distinctions between regular workers and atypical workers, and between employees and independent contractors. Atypical workers—contingent, temporary and part-time workers—enjoy some protections of the employment laws. They are covered by the minimum wage legislation, workers’ compensation, and occupational health and safety legislation. If they earn more than \$500 in a quarter, their employer is required to make social security payments on their behalf. However, there are many statutory employment protections from which atypical workers are explicitly or as a practical matter excluded. For example, unemployment insurance, family and medical leave and social security disability insurance have minimum hours eligibility requirements that temporary workers and part-time workers often cannot satisfy. Temporary workers also lack meaningful rights to engage in collective bargaining because, under a recent National Labour Relations Board (NLRB) ruling, temporary workers are not able to organise in the same bargaining units with the permanent workers they work alongside unless both the agency and the user employer consent.” STONE, KATHERINE. *Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 172.

<sup>298</sup> “It also follows that the creation of, in European parlance, ‘McDonald jobs’—that is, jobs deemed inferior because they provide employment under precarious conditions—is to be preferred over the alternative of no jobs.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 38.

económica, que no toma en cuenta en nada la existencia de desequilibrios en la prestación de servicio –lo que como se ha visto, es la razón de ser del Derecho del Trabajo–, sino que de plano se asume que el objetivo central del Derecho del Trabajo es ser un instrumento de ajuste económico.

A su vez esto provoca, en la práctica, una huida desde los contratos de trabajo tradicionales hacia los *minijobs* –o hacia cualquier régimen atípico donde se consagren menores derechos para los trabajadores–, provocando que simplemente aparezcan trabajadores subordinados que carezcan de protección.<sup>299</sup> Se produce entonces, el mismo efecto que con los trabajadores autónomos; así, al dejar un sector de la prestación de servicios desregulado o con una regulación mucho menos protectora, existe un gran premio para el empleador que no se enmarca en la prestación de servicios clásica.

En consecuencia pues, pasan a ser de facto un estándar<sup>300</sup> los contratos con una regulación menos costosa para el empleador, que si modifica la prestación para someterse a esos ordenamientos, es económicamente retribuido con una gran disminución en sus costos; por lo tanto estos contratos en realidad ya no son atípicos, sino que se configuran como una forma de contratación ordinaria.<sup>301</sup>

Esto provoca, además, un gran fraccionamiento del Derecho del Trabajo, puesto que se crean regímenes particulares de menor protección<sup>302</sup> que no guardan ninguna coherencia entre sí, puesto que se confiere protección no por la aplicación de una regla jurídica clara y certera; sino que las reglas jurídicas en muchos casos lo único que valoran es la supuesta mayor flexibilidad que se genera con ellas, que se asume que suponen siempre

---

<sup>299</sup> FISCHER, NICOLE; THIEL, JULIANE. *Arbeitsrechtformen im Überblick*, en: SCHRAM, FLORIAN; ZACHERT, ULRICH (EDITORES). *Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit. Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen*, Baden-Baden: Nomos, pág. 41.

<sup>300</sup> VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 159.

<sup>301</sup> “More than 80 per cent of new contracts signed in Spain in the last decade, for example, are temporary. The figure is almost as high – around 70 per cent – in Slovenia, Portugal and Poland; and in Sweden, France, Germany, Finland, the Netherlands and Italy, 50 per cent or more hirings are arranged on a fixed-term basis. If this pattern persists, even those countries that now seem to have a relatively lower share of temporary workers (such as Italy, Greece, Belgium and Luxembourg) will soon see the proportion increase steeply as permanent workers exit the labour market and around 40–50 per cent of new hirings are made on temporary contracts.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 229, pág. 65.

<sup>302</sup> CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 78.

un beneficio económico.

No se puede encontrar que exista una lógica de protección común, unas veces –aunque se cumplen los elementos de la teoría clásica para determinar la relación protegida– se aplica el ordenamiento tuitivo y otras no, aunque se cumplan los elementos que el Derecho de Trabajo ha determinado como necesarios para la protección.

Como sustento de esta solución se ha querido afirmar que existe actualmente un mercado fragmentado que no puede tener una sola solución, sino que debe regular particularmente cada una de las relaciones de trabajo que se presentan, ya que cada una requeriría de una protección particular. Al respecto, la destrucción del modelo general solo significa que se pueda aplicar la protección arbitrariamente sin ninguna seguridad jurídica, lo que permite una total flexibilidad –claro está, en la medida en que beneficie al empleador–. Luego se asume que unas relaciones serán protegidas y otras no dependiendo de la actividad; lo que también es un error, ya que no siempre una actividad per se determina la existencia de equilibrio o no.

Finalmente, para afirmar que hay relaciones que no requieren de protección se olvida que el Derecho del Trabajo es un Derecho de mínimos, lo que significa que por más dispar que supuestamente sea una relación de trabajo; por lo menos debería cumplir esos mínimos que la disciplina entiende como indispensables para el sostén de aquella persona que presta el trabajo.

Si por otra parte, en una relación de trabajo atípica, los mínimos garantizados para todos los trabajadores no se cumplen, esa justamente será la prueba de que estamos ante una relación desequilibrada donde el empleador tuvo un poder tal que incluso llegó a imponer las condiciones al trabajador, al punto que este aceptó someterse a recibir beneficios por debajo del mínimo que se ha considerado indispensable para vivir por la legislación de cada país. Por lo tanto, que se admita que existen relaciones total o parcialmente desprotegidas a gusto de legislador, sin que se cree un regla jurídica estable para determinar en qué casos la misma se produce –y que sea general y abstracta–, solamente permite desnaturalizar el Derecho del Trabajo, ya que se puede saltar libremente la teoría de corrección de desequilibrios que se ha generado, no mejorándola sino desapareciéndola. Todo lo que provoca la proliferación de regulaciones que tienden a la

desprotección de los desequilibrios, sin ni siquiera detenerse a analizar si se cumplen o no los elementos que el Derecho de Trabajo ha configurado para que una relación sea protegida o no.<sup>303</sup>

A su vez, en el fondo esta solución jurídica del Derecho del Trabajo falla doblemente. Así pues, si ya se dijo que la subordinación es un concepto restringido que no determina que exista protección a quienes lo requieren, con la creación de figuras como los *minijobs*, ni siquiera los subordinados están protegidos; se pasa a un escenario aún peor, donde la certeza de una protección –ante el cumplimiento de los elementos establecidos para que exista una relación de trabajo– se desvanece.

Tal como se ha visto, la razón de ser del Derecho del Trabajo no es solamente ser un instrumento de política económica, sino fundamentalmente ser un mecanismo de corrección de desequilibrios en la prestación de servicios. Si se aplica la flexibilidad en la medida que se reduce la protección incluso de los subordinados, se deja de aplicar la teoría laboral que asume que el subordinado siempre será el desprotegido, pero a la vez no se soluciona ningún desequilibrio; solamente se utiliza al Derecho Laboral como un mecanismo de política económica, pero se pasa por alto toda su teoría.

A la larga, se podría decir que con la creación de trabajadores atípicos se busca que las personas tengan más trabajo, lo que a su vez puede llegar a corregir desequilibrios en la relación de trabajo y su negociación, toda vez que las personas que ingresan al mercado de trabajo tendrán mayor poder de negociación si tienen un trabajo atípico que si por el contrario, no tienen ningún empleo.

---

<sup>303</sup> “...Al igual que se defiende la diversificación empresarial como razón para el replanteamiento de los poderes empresariales (su crecimiento), también se alude a la nueva realidad de la clase obrera. Se sostiene que los niveles tuitivos no se acomodan a una nueva clase obrera caracterizada por su fragmentación en numerosas colectivas con intereses diferenciados. Se revaloriza lo individual (por ejemplo cada trabajador sabe como combinar su tiempo de trabajo con otras actividades), se sostiene que hay numerosos colectivos de trabajadores que tienen suficiente poder contractual para negociar en términos equilibrados con el empresario sin necesitar un marco legal o convencional tuitivo que más que protegerles les constriñe- Se sostiene que las normas homogéneas se acomodan mal con nuevas formas de trabajo (por ejemplo el teletrabajo). En definitiva a una clase diversificada debe corresponder la posibilidad de regulaciones laborales diferenciadas y por tanto mayor poder de la autonomía individual. Sin duda también aquí cabe la crítica. Con esta formulación se oculta que muchas veces las diferencias entre los trabajadores proceden de los fenómenos de precarización.” ALFONSO, CARLOS. *Globalización y Relaciones Laborales: la individualización*. En *Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 7.



Ante el citado caso, entonces, se puede decir que este razonamiento parte de algunas premisas no necesariamente ciertas y que en muchos casos pueden ser abiertamente equivocadas. Así, por una parte se asume que la desregulación de ciertos grupos de trabajadores creará más trabajos, lo que no es una certeza y luego también se supone que el mercado automáticamente tenderá a regular los mejores resultados para las partes contratantes. Al efecto pues, ya se ha precisado que ambas presunciones son postulados altamente ideológicos que basan su idea en el supuesto de que el mercado siempre proveerá un funcionamiento perfecto. Luego, toda esta presunción se equivoca en cuanto a no considerar que el mercado, al tener fallos, solo en muy raras ocasiones de manera automática propenderá a un resultado equilibrado para todas las partes; hecho que es plenamente reconocido por el propio liberalismo, pese a que sorprendentemente no es aplicado cuando se trata de la regulación laboral.

Adicionalmente esta forma de regulación no atiende al objeto central del Derecho del Trabajo. Así pues, el objeto del Derecho del Trabajo, como se ha analizado, es la corrección de desequilibrios en la relación de trabajo, entendiendo por relación de trabajo protegida aquella que cumpla con los elementos que cada ordenamiento jurídico ha determinado para que se genere protección. Luego, si lo que se desregula es el nicho del mercado, sin aplicar la teoría prevista por cada Estado para asumir si existe o no desequilibrio realmente no se está cumpliendo con el objeto del Derecho del Trabajo, sino que se está regulando un nicho de mercado atendiendo al interés político del momento; por lo tanto, en muy poco esta solución atiende a observar si en efecto hay desequilibrio o no.

Más aún, la mayoría de relaciones de trabajo que suelen encasillarse en la figura del trabajador atípico suelen ser relaciones donde los prestadores de servicios son personas que se encuentran en un Estado de mayor precariedad que los trabajadores ordinarios; por lo que si se aplicaría el objeto central del Derecho del Trabajo, lejos de dejarles más desprotegidos como sucede, incluso deberían tener una tuición especial que les otorgue un poder de negociación que contrarreste el desequilibrio en que aquellas relaciones de trabajo se encuentran.

Así, si una disciplina puede ser modificada totalmente para generar uno u otro efecto económico, la disciplina deja de tener sentido. Basta en este caso, con el Derecho Civil,

y luego con que se permita que el Estado— sin considerar en nada las instituciones del Derecho Laboral— pueda modificar libremente las formas en que se prestan los servicios bajo un análisis macroeconómico puro, que en nada se detenga a observar si existe o no desequilibrio en la prestación de servicios.

De ahí que no encuentre que esta sea una postura constructiva para la regulación del Derecho del Trabajo; sino por el contrario, que supone la deslaboralización de la regulación de servicios, atomizando el ordenamiento y desconociendo las instituciones jurídicas laborales por una regulación a la carta que solamente es la manifestación de la política económica de turno, que en la mayoría de los Estados suele ser en materia laboral, de corte ultra liberal.

### **11.3. La desregulación total del Derecho del Trabajo**

Las corrientes flexibilizadoras, como puede colegirse, tienden a defender una total liberalización del mercado laboral, que es aquella idea que se sostiene fundamentalmente a partir de la desregulación. En este caso, se defiende de plano la no necesidad de ningún esquema regulador dentro del Derecho del Trabajo. Realmente no se está buscando la corrección de desequilibrios dentro de una determinada relación de trabajo, sino que se pretende la regulación de todo el mercado de trabajo desmantelando el ordenamiento jurídico laboral.

Esta perspectiva, que podría parecer exagerada, de todas formas constituye una realidad que se encuentra defendida por no pocas voces. En este tema particular, es insigne el caso del Informe del Banco Mundial “*Doing Business*”, que confiere una mejor valoración en cuanto al desarrollo de los negocios en la medida que los mercados se desregulen de manera más amplia<sup>304</sup>. Por el contrario, ese mismo indicador –

---

<sup>304</sup> “Desde hace décadas, el Banco Mundial, en su publicación “*Doing business*” (“Haciendo Negocios”), cuantifica los estándares laborales de los distintos países según su capacidad de “obstaculizar” la inversión. Aquellos países que fijan una jornada laboral por debajo de las 50 horas semanales, exigen preaviso para la extinción del contrato o establecen procedimientos administrativos en caso de despidos colectivos, resultan mal parados en dicho ranking, frente a otros Estados con regulaciones más apropiadas para la inversión (“investment friendly”). Sin embargo, éstos pueden mejorar su ranking cuando flexibilizan o

demostrando su inconsecuencia— califica como positiva la regulación en cuanto genere beneficio para el empresario<sup>305</sup>. Se asume entonces que un mercado de trabajo será más beneficioso en la medida en que se encuentre menos regulado.

En materia doctrinaria mucho se ha desarrollado sobre la defensa de esta postura por los economistas clásicos, mismos que consideran que el resultado más justo que se puede alcanzar en la economía es aquel que se desprende de las libres relaciones entre las partes, donde se asume temas tan extremos como que si un trabajador no consiguió en su negociación días libres durante un mes, puede ser porque efectivamente no valora el descanso<sup>306</sup>; por lo que, en la práctica, desde una perspectiva económica clásica este se considera un resultado aceptable, sin importar que en el fondo —ya sea que el trabajador quiera o no gozar de vacaciones— resulta biológicamente indispensable que cuente con un oportuno descanso; luego entonces, no debería ser un tema que quede a la libre estipulación del mercado. De esta forma vemos cómo se genera la dictadura del mercado, donde se considera que cualquier resultado que este provea será siempre beneficioso.

Se asume que el trabajador, en líneas generales, debe tener la libertad incluso de aceptar condiciones económicas que le destruyan; lo cual también se dice que es un hecho parte de la esencia humana<sup>307</sup>.

Fundamentalmente, esta visión tiene como su principal impulsor —desde una perspectiva estatal— al régimen de los Estados Unidos de América<sup>308</sup>, que históricamente ha tenido

---

desregulan determinadas áreas, entre las que se incluye el coste y la dificultad de despedir, cuantificado numéricamente.” LLOBERA, MIREIA. El éxtasis desregulador. En artículo de *Le monde diplomatique en español*, núm. 204, 2012, págs. 2-3.

<sup>305</sup> “...On the contrary, regulation to protect investors or enforce contracts is considered favourably in the *Doing Business* indicators. In short, State regulation is seen as a virtue when it protects business and a sin when it protects workers.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 27.

<sup>306</sup> DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 27.

<sup>307</sup> OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 361.

<sup>308</sup> “...En ese contexto, la experiencia norteamericana de mínima intervención en el mercado laboral prende por doquier. Eliminar los enojosos trámites de contratos escritos y registrados en el INEM, favorecerá al empleo dicen. Cuantas menos trabas burocráticas para contratar, mejor. Cuantas menos obligaciones tengan las empresas en materias colaterales al trabajo, como son la seguridad laboral, la formación profesional, más facilitaremos la contratación. Y si desaparece el Salario Mínimo Interprofesional y se puede contratar por el salario que se quiera, aumentará en empleo, se insiste. La reducción de los costes extrasalariales es otra de las panaceas del empleo, en la dialéctica neoliberal. Europa compite mal en el mercado global, con

una legislación de trabajo altamente desregulada. Así pues, las economías –en muchos casos tratando de emular estos mecanismos– se adscriben a la corriente de absoluta desregulación, sin ver que esto supone la desaparición del Derecho del Trabajo, lo cual no es malo en sí mismo; más si resulta desastroso en la medida en que se pierde un mecanismo para el control de los propios fallos que puedan existir en ese mercado de prestación de servicios.

Claro ejemplo de la desaparición del Derecho del Trabajo en aquellos regímenes donde se promueve la desregulación de sus disposiciones, se encuentra si observamos las instituciones que en aquellos sistemas toman decisiones en el ámbito laboral, donde cada vez es más común que la política laboral sea tomada por entidades con claro interés comercial a la par que desaparecen las agencias públicas o ministerios encargados de regular la política laboral desde una perspectiva protectora del trabajador<sup>309</sup>.

Sin duda pues, esta no es un corriente a la que se adscribe este trabajo, ya que la misma olvida completamente el objeto del Derecho del Trabajo, y más allá, la existencia de desequilibrios que deben ser regulados en cada relación laboral en particular<sup>310</sup>. Existe una confianza en el mercado libre que es casi bizantina y que no refleja la realidad de la teoría económica que encuentra que en todo mercado existen errores que deben ser corregidos.

Así, por ejemplo, en un mercado con alta oferta de trabajo y escasa demanda del mismo será muy difícil sostener que la libre competencia llevará al resultado más favorable,

---

altos costes laborales y la moderación salarial junto a la reducción progresiva de la carga fiscal y costes sociales adheridos al salario, son condiciones inexcusables para favorecer la competitividad y crear empleo. Esta fue la receta que les dio Clinton a los líderes europeos del G-7 en Ottawa hace unos años cuando Europa miraba angustiada y envidiosa a los EEUU en sus altas tasas de actividad y empleo.” JÁUREGUI, RAMÓN; MOLTÓ, JUAN IGNACIO; GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 131-145.

<sup>309</sup> “In many countries, responsibility for labour-related policy-making and programme delivery has migrated away from Labour Departments and now resides with other state agencies and actors. The extent and pace of migration have accelerated during the era of the so-called Washington consensus, of neo-liberal globalisation. Today, for example, autonomous central banks are expected to use their power to set interest rates, and their influence over credit and investment, deliberately to ‘cool out’ the economy to prevent wages from rising too rapidly.” ARTHURS, HARRY. *What Inmortal Hand or Eye? -Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 377.

<sup>310</sup> JAVILLIER, JEAN-CLAUDE. *Derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, págs. 177-191.

muy probablemente sólo llegaremos a un punto donde los salarios tenderán a disminuirse a un nivel extremo; lo que provoca, entre otras cosas, bajo poder adquisitivo de esa mano de obra mal pagada, y ende, –por carencia de poder adquisitivo de los consumidores– provoca entre otras cosas la baja venta de aquellos productos que son provistos por los propios empleadores. Es entonces, para evitar casos como el señalado que deben existir normas para la regulación de los desequilibrios en la relación de trabajo, que en ese caso resultan indispensables<sup>311</sup>.

Tal como se ha visto, estamos ante una corriente que fundamentalmente sostiene la desregulación bajo una perspectiva económica, reduciendo el Derecho del Trabajo a su función económica fundamentalmente. De todas formas, también hay que encontrar que aunque marginalmente, también se han esgrimido desde estas tendencias fundamentos jurídicos para sustentarlas.

Al respecto, para afirmar que debe imperar la desregulación en el Derecho del Trabajo se ha dicho desde lo jurídico que el principio de Derecho que se defiende es la libertad de contratación de las partes; de tal manera que estas deben ser soberanas en cuanto a regular las condiciones que más les beneficien; más en realidad esta perspectiva vuelve a caer en el mismo error que pesa sobre las teorías económicas que defienden la desregulación.

Así pues, en el mercado de trabajo –donde abundan las situaciones de desequilibrio como se ha detallado– la supuesta libertad de decisiones de las condiciones, ordinariamente se convertirá en la imposición de condiciones por quien ostente un mayor poder de negociación; por lo que en la práctica, no hay defensa de la contractualidad bajo esta postura, sino que en realidad existe una defensa de la arbitrariedad del empleador<sup>312</sup>. Por el contrario, si se corrigen los desequilibrios se puede hablar de una verdadera situación de negociación contractual en condiciones de libertad, esto es lo que debería defender –

---

<sup>311</sup> JAVILLIER, JEAN-CLAUDE. *Derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, págs. 177-191.

<sup>312</sup> “...Por otro lado no hay demostración alguna de que el crecimiento de la autonomía individual redunde en mejoras de las condiciones de trabajo, más bien redunde en un reforzamiento de los poderes del empresario y por tanto en la unilateralidad. Curiosamente (o no tanto?): La defensa de un mayor contractualidad produce una mayor unilateralidad.” ALFONSO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. En *Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 8.

siempre que se cumplan obligatoriamente los mínimos– el Derecho del Trabajo.

En síntesis pues, si describimos a la desregulación que se plantea desde una perspectiva políticamente incorrecta; lo que impone realmente esta tendencia es un aumento de la regulación que pueda imponer el empleador al trabajador por la vía del contrato de ahí que no es realmente una desregulación, sino aun cambio en el sujeto emisor de la regulación que pasa del Estado al empleador. Así solamente se aplica la desregulación de las normas de control que emite el Estado<sup>313</sup> para la corrección de los desequilibrios de la relación de trabajo, pero la regulación que emiten los empleadores, para consolidar su poder por la vía de la negociación contractual se multiplica.

No existe una perspectiva coherente entonces, sino solamente una desregulación en cuanto beneficie al empresario. No es pues, la desregulación un modelo sostenible si se quiere mantener la existencia misma del Derecho del Trabajo o si se considera que el objeto del Derecho del Trabajo es la reducción de los desequilibrios en las relaciones que se establecen para la prestación de servicios. Históricamente, el Derecho del Trabajo se ha constituido –en la gran mayoría de ordenamientos– en una serie de normas no disponibles<sup>314</sup> que tienen –por el menos desde la perspectiva de sus objetivos– el fin de corregir los desequilibrios que se produzcan en la relación de trabajo.

Por lo tanto, si se quiere desconocer la existencia de esos desequilibrios, o peor aún asumir que estos serán solucionados por ósmosis, el Derecho del Trabajo pierde todo sentido, fundamentalmente porque se habría considerado como inexistente el hecho para el que fue concebido a partir de la creación de una nueva presunción falsa como es el

---

<sup>313</sup> “...En el campo de las relaciones de trabajo, la noción de desregulación parece tanto más inapropiada cuanto que los empresarios disponen de la facultad de imponer sus propias normas a los trabajadores. Si la desregulación consistiese en que el Estado suprime su reglamentación, tal circunstancia ampliaría el campo de la regulación empresarial. Desregular no es, pues, dejar de regular, sino regular de otro modo.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 216.

<sup>314</sup> “In the most significant European traditions the evolution of labour law at national level coincided with the fulfilment of public policy objectives. The French doctrine of *ordre public* and *ordre public relatif* or social, the Italian notion of *inderogabilità*, applied both to law and collective agreements, and the British doctrine of restraint of trade all rest on the assumption that private parties should not depart from legal standards, unless specific and exceptional powers to do so were granted to them.” SILVANA, SCIARRA. *National and European Public Policy: the goals of Labour Law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 249.

hecho de que en todas las relaciones de trabajo siempre existiría una condición de igualdad del poder de negociación<sup>315</sup> que haga innecesario un régimen de protección.

Ahora bien, si se aplicase la desregulación, más que un Derecho del Trabajo, lo que se tendría que aplicar es el ordenamiento jurídico civil, mismo que incluso –aunque parte de la igualdad de las partes en cuanto al poder de negociación– incluye disposiciones claramente protectoras, por ejemplo en el caso de que hubiese existido un claro abuso. Así, como ejemplo se encuentra la acción por lesión enorme que permite la rescisión del contrato cuando el vendedor haya recibido menos del 50% del justo precio por la cosa<sup>316</sup>; norma esta que los desreguladores del Derecho del Trabajo sin duda jamás han discutido en el Derecho Civil, pero que jamás aceptarían en el Derecho Laboral, ya que en general más que la libertad de contratación, lo que en realidad se pretende es la desprotección del trabajador que es visto ideológicamente –en muchos casos– como parásito del sistema injustamente protegido, de ahí que todo ese mecanismo de protección sea atacado.

De cualquier forma, la aplicación del Derecho Civil como ordenamiento jurídico que también impide la posición de abuso no sería acertada, ya que finalmente no se corregirían los fallos particulares que se producen dentro del mercado del trabajo<sup>317</sup> y

---

<sup>315</sup> “The purely contractual approach to the employment relationship is unsatisfactory because it suggests that there are two equal parties agreeing the terms of a contract. The contractual approach was adopted by the courts in the 1870s, but it is still, in reality, an unequal relationship. One party uses the labour or talents of another in return for providing remuneration. The payment of that remuneration, except in unusual circumstances, creates a labour force which is dependent upon the employer’s goodwill and desire to continue with that relationship. It may be made less one-sided by statutes which limit the freedom of employers to take action against workers and may be made more equal by collective bargaining arrangements between employers and trade unions. In 1897 the Webbs wrote that: Individual bargaining between the owner of the means of subsistence and the seller of so perishable a commodity as a day’s labour must be, once and for all, abandoned. In its place, if there is to be any genuine freedom of contract, we shall see the conditions of employment adjusted between equally expert negotiators acting for corporations reasonably comparable in strength.” SARGEANT, MALCOLM; LEWIS, DAVID. *Employment Law*, 5ª edición. Dorchester (Reino Unido): Pearson, 2010, págs. 10-11.

<sup>316</sup> “Art. 1829.- El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.” CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.

<sup>317</sup> “...Not all economists are neoclassicists. New institutional economics emerged in the 1970s in the pioneering work of Williamson, who sought to explain why the production of goods is often organised through the creation of firms rather than through a whole series of contracts in the market. The new institutionalists argue that unregulated free markets often fail to achieve efficient outcomes. This is because many of the assumptions made by the neoclassicists – that everyone has perfect information, for

para los que el Derecho Civil no está diseñado. Así por ejemplo, nada dirá el Derecho Civil en lo relacionado con mantener aunque sea una remuneración básica que permita la propia existencia del mercado, aunque la oferta y la demanda tenga la tendencia de disminuir la remuneración a valores que destruyan el poder adquisitivo del trabajador; lo que incide negativamente en el propio mercado en general.

Por lo tanto, el Derecho Civil como sustitución del Derecho Laboral, ante el problema de la desregulación, tampoco aparece como una solución que sea idónea. Tal como se ha visto, si a veces el propio Derecho Laboral no considera varias de las realidades del mercado del Trabajo, mucho menos será aplicable una norma que no se ha concebido para solucionar la problemática del trabajo. En general, ni el fundamento de la desregulación, ni las soluciones que plantean son sostenibles desde la perspectiva del Derecho del Trabajo.

De cualquier forma, incluso bajo la perspectiva de máxima desregulación laboral, aún y bajo ese supuesto, y ante la aplicación del Derecho Civil, sería muy difícil la derogación de toda la normativa protectora laboral –que como se ha visto, en el caso del ordenamiento ecuatoriano parte de Tratados Internacionales y de la propia Constitución– porque incluso la derogación del Código de Trabajo dejaría vigente la protección laboral.<sup>318</sup> En esta virtud, la desregulación total aunque defendida por amplias corrientes doctrinarias parece de muy difícil cumplimiento, desde una perspectiva práctica también.

---

example – do not apply in the real world. The new institutionalists suggest that markets may need to be regulated – often through law – in order to overcome these ‘market failures.’” DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*, 2ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 29.

<sup>318</sup> “...Finally, the overall effect of these legal moves ‘upward’ is gradually to integrate labour law more thoroughly into the general legal system and, to that extent, to reduce its uniqueness and autonomy. As the whole development of modern labour law was thought to depend on precisely the opposite tendency—the creation of distinctive substantive rules and specialised tribunals—integration could be seen as a retrograde move. Or, to phrase the matter differently, special ‘boundaries of protection’ were historically important precisely because they had the effect of removing workers from the inhospitable domain of general law and relocating them in a more friendly environment. The question is whether these boundaries continue to be important for the same reason, or whether they now are perceived to stand between workers and the protections available to all citizens under constitutional or other legal doctrines of general application.” ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye? - Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 381.



#### **11.4. La autorregulación en el Derecho del Trabajo**

Así y como un mecanismo para solventar la extrema desregulación propuesta por las políticas de flexibilidad que se han manifestado claramente reduccionistas en cuanto obvian la corrección de los fallos del mercado laboral y en general todo el desarrollo del Derecho del Trabajo, progresivamente, se han creado mecanismos para suavizar estas visiones, de manera tal que propenda a la desregulación pero con algún control de los desequilibrios del mercado de trabajo y de las relaciones de trabajo, situaciones que son una realidad prácticamente irrefutable.

Uno de los mecanismos que se desarrollaron con este fin es el de la autorregulación. Así pues, se ha reconocido como un mecanismo de organización y en general de control de la relación de trabajo el de la autorregulación, por el cual se ha entendido que serán los propios empleadores los que podrán desarrollar un sistema normativo que evite los posibles efectos perniciosos que suelen generarse con respecto a la prestación de servicios.

Se parte de la idea de que los empleadores, por su propio beneficio, propenderán a crear normas que desarrollen un ordenamiento jurídico que regule las relaciones de trabajo. Una vez más pues, la idea detrás de esta solución es una visión de ecuanimidad casi absoluta del empresario, que puesto en el caso en que tenga que decidir con respecto a sus intereses y los de otros como los trabajadores, generará la decisión que sea más provechosa.

Al respecto, esto sería cierto si todos los empleadores fuesen razonables, tomaran decisiones lógicas, y propendieran siempre a situaciones donde todos ganamos. De todas formas esto no es realidad, si así fuese se debería también derogar el Derecho de Competencia y permitir que las compañías dirigidas por empleadores, libremente determinen la mejor manera de desarrollar el mercado. Sin duda sería muy difícil estar de acuerdo con esta posibilidad, que solo asumiendo la santidad del empresariado puede sonar razonable.

Sin duda, sólo bajo una perspectiva extremadamente zanjada hacia el empresario, puede pretenderse que sea la mejor solución que él mismo se regule. Esto pues, solo se explica en la medida de que el sistema liberal propende a la eliminación de cualquier norma que

efectivamente controle el poder de dominio que pueda tener el empleador, al que si se le confiere el poder de decidir qué normas aplica, sin duda no impondrá unas que le incomoden, pero tampoco aquellas que necesariamente creen bienestar social en general.

De esta forma y aunque se intenta maquillar que este mecanismo del Derecho del Trabajo no supondrá una desregulación –lo cual en muchos casos se ha considerado extremo–, en realidad pues, estamos ante una desregulación<sup>319</sup>, puesto que muy probablemente el empleador al que se le encargue la potestad de regular la prestación de servicios que recibe se encargará de liberarse de cualquier norma que efectivamente le suponga una real disminución de su poder de negociación<sup>320</sup> y que en el fondo cree un equilibrio –que sería el objeto buscado por el Derecho Laboral–. Tan cierto es este punto, que a nadie se le ocurriría que el empresario se autofije el sistema impositivo que le debe regular.

Uno de los mecanismos por los cuales se ha ejecutado medidas de autorregulación dentro del Derecho del Trabajo son las denominadas políticas de responsabilidad social, donde son las propias compañías las que deciden voluntariamente<sup>321</sup> cuáles actividades podrán ejecutar en beneficio de la comunidad. El primer aspecto que se constata es que estas medidas de autorregulación tienden a generar acciones que beneficien a los consumidores de la compañía, mas no a los trabajadores; así pues, ni siquiera se relacionan directamente con la contraparte de la prestación de servicios y los

---

<sup>319</sup> “Detractors see in these moves toward self-regulation a disguised form of deregulation. Proponents see the evolution of more efficient and effective systems for enforcing legal norms.” ESTLUND, CYNTHIA *Rebuilding the law of the workplace in an ERA of Self Regulation*, en: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institution*. Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 90.

<sup>320</sup> “...Thus, even during the ‘golden age’ of postwar labour legislation the state allowed private actors (often in practice one private actor) to determine the scope of protection for workers. However, with a decline in union density, partial de-regulation of the labour market, and a shift in the balance of power between workers and employers, we can anticipate that buyers of labour will act increasingly unilaterally to ensure that fewer rather than more sellers of labour will be protected. We can already see developments tending in this direction. Employers, after all, invented and insisted on the new forms of non-standard employment which are becoming commonplace. Employers generally sought, and benefited from, the shift in the site of enforcement of labour standards and workers’ rights from state to private tribunals<sup>19</sup> in which protection will almost certainly be retrenched rather than expanded.” ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye? - Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 383.

<sup>321</sup> “Corporate social responsibility (CSR) has been defined as ‘a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis’.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 113.

desequilibrios que se generan. El empresario, por el contrario, lo que busca es crear una medida que le genere popularidad –y en general consumidores–, pero en todo queda desregulada la relación laboral central. Hay una clara tendencia en estos mecanismos normativos del Derecho del Trabajo a abandonar la regulación de la relación de trabajo, lo que resulta bastante obvio, ya que dejada la construcción del ordenamiento jurídico aplicable al empleador que ordinariamente ostenta un poder de negociación mayor en la relación de trabajo, será muy poco lo que se norme para revertir esa situación claramente beneficiosa para el empleador.

Así mismo, los Códigos de Conducta suelen convertirse en un mecanismo que lejos de proveer equilibrios dentro de la prestación de servicios, permite a ciertas compañías con poder de mercado, imponer condiciones a sus contratistas; las cuales sí se hacen coercibles, ya que si no se cumplen puede terminarse la relación que existe. Una vez más, estos Códigos, cuando más influyen las relaciones de trabajo que puedan tener la contratista con sus propios trabajadores pero en nada o muy poco regulan la relación de trabajo de quien dicta el Código de Conducta en relación con sus propios trabajadores, mismos que quedan abiertamente desprotegidos ya que será muy difícil que el empleador se autorregule, y en general limite el poder que tiene en una determinada relación de trabajo.<sup>322</sup>

Claramente pues, este mecanismo no busca corregir los desequilibrios existentes en la relación de trabajo, por lo que sin duda no puede ser sustento para la redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida.

De todas formas, en ciertos foros y, en general, en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América, muchas veces se asume como el estado óptimo de desarrollo

---

<sup>322</sup> “Codes of conduct are generally unilateral instruments issued by an MNE. Some codes of conduct have also been elaborated by associations or by groups of employers, and have mainly sectoral scope. An MNE’s code of conduct typically takes the form of a charter in which the MNE sets out its responsibilities vis-à-vis the countries where they operate. Many of them also impose commitments on the MNE’s business partners such as contractors and suppliers on the implicit or (more rarely) explicit understanding that those contractors who are held to be in breach of the code will no longer be admitted to enter into business with the MNE. This kind of instrument has been used predominantly amongst US-based multinationals and generally does not provide for external monitoring.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 114.

del Derecho del Trabajo a la autorregulación; como si no admitiese discusión un sistema como el que se ha descrito, que como se ha explicado, resulta sumamente falible.

Así pues, la discusión a la que se tiende, tiene relación con analizar cómo los mecanismos de autorregulación pueden ser perfeccionados.<sup>323</sup> Al respecto, considero que no se debe caer en la tentación de discutir cómo los mecanismos de autorregulación pueden llegar a ser efectivos, ya que entramos dentro de un intrínquilis jurídico sin salida que tiene un error de inicio que impedirá en todos los casos la solución de este problema; siendo este que se presupone que una de las partes dentro de la relación de trabajo –que además es aquella que suele imponer las condiciones– será aquella más idónea para regular la relación.

A este respecto, no cabe analizar cómo puede perfeccionarse un sistema de autorregulación puesto que siempre el autorregulado tenderá a crear un ordenamiento que lo beneficie. Cualquier intento de autorregulación ecuaníme resulta inoficioso, por lo que en el fondo, un sistema para corregir desequilibrios en una relación bilateral –desarrollado por una de esas dos partes– es un sistema inaplicable, que solamente pretende conferir mayor poder relativo al empresario en la relación de trabajo<sup>324</sup>.

De ahí que lo que sí podría ser viable –en materia de autorregulación– es que la misma se genere a partir de las dos partes dentro de la relación, no sólo desde la perspectiva del empleador, sino también considerando a los trabajadores u organizaciones de estos<sup>325</sup>;

---

<sup>323</sup> “...The question is no longer whether to invest in self-regulatory mechanisms but how to make those mechanisms effective in improving labour standards. It is to that question that I now turn.” ESTLUND, CYNTHIA *Rebuilding the law of the workplace in an ERA of Self Regulation*, en: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 93.

<sup>324</sup> “...El problema es que toda esta defensa ya sea abiertamente del unilateralismo empresarial (lo que es más difícil de justificar) o de los caminos indirectos que a él conducen (recuperación de la empresa como espacio central de negociación y de la autonomía individual como fuente reguladora principal) no es sino uno más de los componentes de la reconstrucción social preconizada por el neoliberalismo (o antiguo liberalismo). La defensa de la unilateralidad empresarial –siquiera encubierta – no pretende más que el reforzamiento de los poderes empresariales y la consiguiente pérdida o retroceso de las condiciones sociales de los trabajadores.” ALFONSO, CARLOS. *Globalización y Relaciones Laborales: la individualización*. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 9.

<sup>325</sup> “Within the internal self-regulatory regime, a union—or any other representative of employees—functions not only as an independent third party but as an integral constituent of the ‘self’ that is charged with self-regulation.” ESTLUND, CYNTHIA *Rebuilding the law of the workplace in an ERA of Self Regulation*, en: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 95.

más en este caso, siempre tendrían que respetarse los mínimos establecidos por el Derecho del Trabajo y por lo tanto siempre deberían existir unos mínimos impuestos por el Estado.

Luego pues, la autorregulación no variaría en casi nada con el sistema actual que establece unos mínimos y por encima de ello la autorregulación de las partes; por lo que no estaríamos hablando de ninguna redefinición, sino de una relectura del sistema que impera. Por lo tanto, ya sea que se considere a la autorregulación desde la perspectiva solamente del empleador, como si también se considera a empleador y trabajador como fuentes de la autorregulación luego de que se cumplan unos mínimos –lo que es mucho menos común–, de cualquier forma tendrá que concluirse que la perspectiva de autorregulación en nada aporta elementos útiles para la redefinición de la relación de trabajo que debería ser protegida, tanto porque en el caso de que la autorregulación sea generada por el empleador propenderá a su solo beneficio, así como también en la medida que se incluya al trabajador –respetando unos mínimos impuestos por el Estado; así, en realidad no estaríamos hablando de una modificación del sistema actual.

### **11.5. LA PARADOJA DE LA CLÁUSULA SOCIAL**

Así mismo, otro de los mecanismos que parte de las teorías liberales y que pretende atenuar la absoluta desregulación del mercado laboral que se propone desde la política de la flexibilidad, ha sido la implementación de las denominadas cláusulas sociales como mecanismo de regulación laboral.

Mediante este mecanismo entonces, se ha pretendido que se obligue al cumplimiento de determinadas normas o parámetros laborales mínimos a los empleadores en beneficio de sus trabajadores, cuando la prestación de servicios que reciben se realice ordinariamente en terceros países que tiene regímenes de protección con estándares supuestamente inferiores si se los compara con el país de origen.

Estas cláusulas sociales, algunas veces pueden incluirse dentro de acuerdos que celebra

un empresario con sus empresas contratistas<sup>326</sup>; aunque como se ha visto, este trabajo entiende a esta figura como más típica de una autorregulación porque al final es el contratante quien impone unas condiciones de prestación de servicios, si bien no a sus trabajadores a otras personas que finalmente le prestan sus servicios por intermedio de un tercero que los contrata; es decir, que existe una autorregulación si se considera que en último término quien impone esta obligación se beneficia directamente de los trabajadores de la contratista, como suele ocurrir ordinariamente. Así pues, deberá considerarse que esta opción ya fue tratada al referirnos a las políticas de autorregulación.

Luego pues, al referirme a la cláusula social, dentro de este apartado haré referencia a aquella obligación que se impone por la vía de Tratados Internacionales<sup>327</sup> – ordinariamente comerciales– en la que los Estados pactan unas determinadas condiciones laborales entre las partes del Tratado Internacional. Este caso no cae en la perspectiva de autorregulación en la medida que son los Estados los que proponen una regulación al mercado del trabajo; de todas formas, sí entran dentro de este título ya que ordinariamente esta solución es propuesta por las corrientes liberales del pensamiento con respecto al mercado laboral, que en este caso, para solventar algunos problemas justamente creados por la desregulación y la autorregulación, proponen a la cláusula social como un mecanismo que permita establecer una regulación de la relación y el mercado de trabajo.

Frente a esta situación, lo primero que llama la atención es la razón por la que se ha incluido a esta solución dentro de las soluciones de reformulación vistas desde la

---

<sup>326</sup> “...Éstos han sido impulsados principalmente por los Estados Unidos en busca del respeto de los derechos básicos de los trabajadores en aquellas empresas norteamericanas con instalaciones radicadas en las zonas francas de exportación de los países en vías de desarrollo.” ALBURQUERQUE, RAFAEL. *¿Se desploma el Derecho del Trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 50.

<sup>327</sup> “La idea de complementar los tratados de comercio internacionales con lo que es conocido como una cláusula social que impone mínimas o equitativas normas laborales, se basa en un razonamiento aparentemente simple: si un país permite que sus compañías empleen a sus trabajadores en condiciones deplorables de trabajo y por salarios miserables –dos conceptos que deben ser definidos– podrá exportar sus productos a un precio más bajo y así obtener una ventaja desleal sobre sus competidores. De allí la propuesta de obligar al país a garantizar derechos mínimos a sus trabajadores en el marco de la (SIC) regulaciones económicas internacionales.” SERVAIS, JEAN-MICHEL. *Derecho internacional del trabajo*. Heliasta: Buenos Aires, 2011, págs. 29-30.

ideología liberal, ya que aparentemente se trataría de un sistema de protección al trabajador.

Al respecto, incluyo este tema dentro de estas ideologías puesto que se ha presentado como una solución de países que son acérrimos defensores de las políticas de mercado para evitar que se produzca el llamado dumping social, por el cual consideran que países con menores estándares de trabajo compiten con base a una menor protección de sus trabajadores.

Así pues, dicen algunos países industrializados que en este caso no debe permitirse competir con menores costos laborales a algunos países de menor desarrollo relativo, por lo que buscan imponer similares condiciones de protección para que exista una supuesta justa competencia<sup>328</sup>; no tanto por la sola protección del trabajador, sino en la medida en que no existan distorsiones en el mercado. Es por esto que estamos ante una solución liberal, puesto que la principal razón para proponer esta solución en última instancia es el mercado y no necesariamente la protección del trabajador, aunque consecuentemente podría decirse que también protege al empleo en la medida en que se mantiene la sanidad del mercado.

Esta posible solución no deja de ser paradójica. Así pues, si los países como los Estados Unidos de América proponen internamente la más amplia desregulación y tienen confianza de que el mercado regulará el sistema cuando no exista ninguna regulación, no se entiende por qué no confían en el mercado internacional para regular el mercado de trabajo.<sup>329</sup> Deberían considerar que el mismo mercado será el que mágicamente

---

<sup>328</sup> "...The problem now is that mobile capital is able to treat that very labour law as a commodity. This is because states are 'forced' to bid down their labour standards in competition with other states seeking to attract or retain mobile investment resulting in what we all now know to call a prisoners' dilemma/race to the bottom type of collective action problem. Labour law, ministries of labour, the ILO are marginalised on the current model. This gloomy observation is then followed by a further and equally familiar discussion of international labour law along the following lines. The idea is that we need to have international labour law to prevent this race to the bottom by providing the required remedies for all such prisoners' dilemmas." LANGILLE, BRIAN. *Labour Law's Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 30.

<sup>329</sup> "The ideas which our familiar account of labour law makes available to this story of international labour law are that labour law is about equalising bargaining power, about redistribution, of constraining market activity, that justice comes at a price—in a word, that labour law can be best viewed as a tax, which mobile capital would rather not pay and which states in our new world find it more and more difficult to impose. It is this idea which generates our whole understanding of both the need for international labour law and its

corrija sus fallos; más en este caso, que puede ser bastante similar, se observa que no son tan optimistas.

Por un lado entonces, se propone desregulación a la interna, mientras que se busca la regulación a la externa. Se ve entonces otro ejemplo donde las políticas de flexibilidad no siempre son en todos los aspectos, sino en la medida que defiendan los intereses del capital, desde la perspectiva liberal.

Así, la clave para entender este dilema es bastante sencilla, y basta simplemente con analizar cuáles serán los beneficiarios y perjudicados de estas políticas, para encontrar cual es la razón de que se proponga soluciones completamente distintas en cada caso<sup>330</sup>.

En lo relacionado, si se desregula el mercado internamente, el beneficio que se busca otorgar es al empresariado, –que ordinariamente es quien maneja los Estados– se olvida en este caso, que la absoluta desregulación creará distorsiones, ya que en el fondo se protege a quien ostenta el poder si se deja libre el mercado, donde evidentemente existen desequilibrios. Quienes se encuentren en una posición dominante tenderán progresivamente a aumentar esa posición, lo cual es plenamente lícito, pero no deseable si esto se sustenta en una competencia injusta provocada porque no se regulan desequilibrios en el mercado que permiten que una de las partes en la relación de trabajo –que es la que ostenta el poder de negociación– sea capaz de imponer condiciones a la contraparte.

Por otra parte y cuando ese empresariado –que se beneficia de la desregulación internamente–, luego pasa a competir internacionalmente ante menores condiciones laborales en otros países se ve en desventaja, misma que es aprovechada por los países

---

failure to deliver. (...) Worse, it makes international labour law part of the problem—for it is conceived as being charged with preventing states acting rationally in their own economic self-interest—rather than helping them identify and achieve it. It imposes a tax on the developing world.” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law's Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 31.

<sup>330</sup> “The USA is committed to an extreme form of economic liberalism which threatens to erode nationally and internationally existing labour standards, except where it may serve the economic interests of the USA to invoke minimum legal standards to protect those same economic interests. We have the apparent paradox of the USA insisting, through various devices, upon its trading partners complying with core international labour standards as a price they must pay for the privilege of trading with the USA. The motivation for this practice, which is of long standing, is not to advance the interests of foreign workers so much as to protect the interests of American workers.” BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004, pág. 311-312.



con menor desarrollo relativo para proveer de similares productos y servicios a menor precio, puesto que tiene menores costos; más en este caso como el beneficio no es de quienes ostentan el capital, cambia el razonamiento lógico que se efectúa.

En este caso, ya que la desregulación beneficiaría a los países “en vías de desarrollo”, se invierte la teoría y entonces se propugna la regulación de los mercados para evitar que estos “países en desarrollo” –fundamentalmente del sudeste de Asia– se beneficien de la desregulación, que permite que cada Estado pueda establecer su política laboral libremente; y en ese caso, competir a la baja en cuanto a beneficios para los trabajadores.

Extrañamente, las corrientes liberales se dan cuenta de que el mercado tiene fallos y entonces si quieren corregirlos ya que si se corrigen al final defienden al empresariado desde la perspectiva de los países desarrollados y fundamentalmente desde el empleo en esos países. Por lo tanto, son corrientes con una visión liberal de manera particular porque, más allá de la solución que apliquen, en el fondo lo que buscan es un beneficio inmediato del empresario y de aquel que provenga de aquellos países dominantes; que además son aquellos que suelen imponer también en lo académico, aquellas doctrinas que consideran pertinentes, presentándolas como teorías indiscutibles.

Sin duda, puesto que esta solución no se considera como aplicable para la reformulación de la relación protegida por el Derecho del Trabajo, es una posición que refleja una tendencia ideológica de favorecer al empresariado de países desarrollados de manera fuerte, lo que bajo ningún aspecto, ni siquiera el meramente utilitarista, beneficia al Ecuador ya que cuando quieran imponer condiciones en virtud de la cláusula social, muchas veces serán en contra de sus intereses.

Por otra parte y de manera particular, es una teoría incoherente que propugna la libre competencia total cuando se trata del mercado interno, pero la evita cuando se aplicaría externamente por el único motivo evidente de que en este caso no se beneficia al empresariado de los países “desarrollados”, quienes son en último término a quienes pretende proteger toda esta tendencia de flexibilización.<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> “It follows that, nowadays, a State is no longer entirely free to formulate its own labour and social

Al parecer pues, quienes la impulsan simplemente están a favor de la competencia en cuanto les conviene y en contra cuando les perjudica<sup>332</sup>. Así pues, toda esta posición de defensa del liberalismo en cuanto al entendimiento del Derecho del Trabajo no puede configurar una teoría ya que es contradictoria en sí misma, y en general es móvil para favorecer los intereses del empresariado en aquellos que se han denominado como países “desarrollados”.

Luego pues, si lo que se considerase es que los fallos de mercado tienen que ser corregidos con regulación que impida que los Estados puedan competir estableciendo condiciones laborales muy inferiores que las de sus competidores –que a juicio de los países desarrollados no garantizan el sostenimiento de los trabajadores–; si fuéramos consecuentes, también debería ser aplicada esta corrección desde la perspectiva interna, evitando que se puedan establecer condiciones de trabajo tan bajas que no garanticen el sostenimiento de los trabajadores y que generen un beneficio indeseable en la medida que el empresario que garantiza menores derechos a sus trabajadores en un mercado desregulado es premiado con menores costos y menor precio de sus productos si se le compara con aquel que provee mejores condiciones a sus trabajadores.

Así mismo, si se considerase que los menores costos en un mercado como el laboral son una competencia injusta, también los menores costos que generen las tecnologías tendrían que ser considerados como competencia injusta. No tiene sentido que en una de las pocas situaciones en que los países en desarrollo tienen ventajas se pretenda controlarlos, aunque los Estados que buscan control internamente generan un mercado desregulado.

---

protection policy, because it cannot improve local levels of social protection without considering the potential implications on the country's competitive position vis-à-vis other states that do not do the same. This cannot but limit the effectiveness of labour law in a purely national context. For that reason, we can talk of a crisis of territoriality, for the economy is worldwide whereas the law is binding only within national boundaries.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 25.

<sup>332</sup> “No cabe duda de que la cláusula social en un tratado comercial puede significar un poderoso instrumento en manos de las naciones desarrolladas para tratar de aniquilar las ventajas comparativas que en el intercambio de bienes y servicios disfrutaban hoy los países subdesarrollados.” ALBURQUERQUE, RAFAEL. *¿Se desploma el Derecho del Trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 48.

Entonces, si la defensa de la competencia a nivel internacional debe buscar que no existan posiciones de dominio que distorsionen el mercado, estas no deberían comenzar por lo laboral ni limitarse a esto; coincido con que es lógico corregirlas pero siempre que se solventen todos los fallos de mercado a nivel internacional también. Así pues, una cláusula social más equitativa sería una donde se impongan similares condiciones mínimas a nivel de todos los países miembros de la Organización Internacional de Trabajo o de la Organización Internacional de Comercio<sup>333</sup>, asegurándonos entonces, que nadie tenga una ventaja competitiva por proveer menores condiciones laborales. Más, esto ni siquiera ha sido parte de la discusión, puesto que perjudicaría a muchos países desarrollados que tienen inferiores condiciones de protección que otros países que son sus competidores. Así por ejemplo una cláusula social global tendría su principal detractor a los Estados Unidos de América si se busca que los estándares laborales se equiparen a aquellos de los países Europeos, ya que en ese caso los Estados Unidos de América perderían la ventaja competitiva que le genera un mercado que comparativamente es menos regulado si se le compara con la mayoría de países considerados como “desarrollados”.

Así la única cláusula social que suele aplicarse es en tratados restringidos en su marco de aplicación –ordinariamente tratados de comercio bilaterales– donde quien tiene la posición dominante se asegure que cláusula social le beneficie<sup>334</sup>, ya que la cláusula social deberá establecer un régimen de protección laboral más alto en beneficio del

---

<sup>333</sup> “...No wonder we do not have a social clause at the WTO. On our current view the developing world is right to resist it. We also get international law, to the extent that we have it at all, which is drafted and ‘enforced’ on an unhelpful model, that is, a ‘constraining self interest and enforcement model’.” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law’s Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 32.

<sup>334</sup> “The first workers’ rights protection schemes appeared in the early 1980s in US tariff preference laws (addressed in the next section). However, since 1993 the United States has also linked workers’ rights protection to free trade agreements (FTAs) using three basic models. The first model, the North American Free Trade Agreement (NAFTA), includes workers’ rights provisions in a side agreement, the North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC), with sanctions limited to a failure to enforce standards of occupational safety and health, child labour or minimum wages. The second model, the free trade agreement between the United States and Jordan, put labour provisions within the body of the agreement and made them subject to sanctions via the FTA’s dispute resolution procedures. The third model is embodied in the Dominican Republic and Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA), which includes labour rights provisions in the body of the agreement, but permits sanctions only if a country fails to enforce its own labour laws.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, págs. 102-103.

Estado que imponga las condiciones de negociación en ese tratado internacional.

Así por ejemplo, en los procesos de la Organización Mundial del Comercio o de la Unión Europea –gobernados respectivamente por Estados Unidos de América, y Alemania–; muy poco se hizo por promover condiciones de trabajo igualitarias con sus socios comerciales; justamente porque los referidos países en líneas generales, mantienen inferiores condiciones laborales que sus supuestos socios. Otro caso es el del sistema laboral alemán que resulta bastante más laxo que el francés —por citar un caso—; donde el régimen Alemán y sus *minijobs* no tiene parangón en Francia, sin que la Unión Europea se haya ocupado en nada de homologar este sistema para que Alemania no tenga una ventaja en virtud de la regulación de su mercado laboral.<sup>335</sup>

Así pues, no solo las naciones en desarrollo utilizan el ordenamiento laboral como un mecanismo de competencia en un mercado laboral globalizado, también países bastante disimiles han renunciado en muchos casos a la más mínima protección laboral. Así por ejemplo, cerca del 50% de la población del mundo no se encuentra protegida por convenios de la Organización Internacional del Trabajo tan básicos como el Convenio 87 que reconoce la libertad sindical<sup>336</sup>

Por lo tanto, estamos ante una solución que simplemente es utilitaria a los beneficios inmediatos de los países desarrollados y de su empresariado, de tal forma que nos

---

<sup>335</sup> “...Neither the GATT agreement nor the WTO Treaty was concerned about the protection of labour rights. Yet the debate on the links between international trade and national regulations, including labour law, remained an outstanding issue in post-Second World War international trade relations. Thus while the Treaty of Rome of 1957 was meant to address international economic relations, it did not prevent the European Economic Community from dealing with labour issues to the extent that they directly affected the establishment or functioning of the Common Market.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 87.

<sup>336</sup> “Most notably, the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87), has so far been ratified by 149 of the 182 ILO Members, but not as yet by Brazil, China, India, Iran, Saudi Arabia, Thailand, the United States and Vietnam, for example, which means that in practice some 50 per cent of the workers in the world – and still more worrying, the workers of some of the countries that account for a very large share in international trade – are not protected under this Convention. Secondly, even after ratification, the effectiveness of ILO standards at the national level may vary depending on the means which can be made available in each country to give effect to them, not to mention the real willingness of a Member to actually apply them. Thirdly, apart from a provision included in the ILO Constitution, which was used only once in the whole history of ILO, the breach by a Member of obligations arising out of the ratification of an ILO Convention can result in moral sanctions only,” Bronstein, Arturo. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 92

encontramos ante una posición sumamente zanjada que en muy poco o nada aporta al desarrollo del Derecho del Trabajo, y que por el contrario, lo tergiversa al establecer soluciones que se ponen al servicio de una de las partes de la relación de trabajo sin que se haya considerado si están o no en desequilibrio. Simplemente, se los resguarda por una cuestión filosófica de quién tiene que tener mayores ventajas en el mercado laboral –y por ende es el verdadero protegido–; sin aplicar en nada, por ejemplo, el objeto del Derecho del Trabajo<sup>337</sup> que es la protección de quien se encuentra en desequilibrio en realidad. Estas teorías en muy poco regulan el desequilibrio en la relación de trabajo, y mayoritariamente se enfocan en el desarrollo del mercado de trabajo desde la visión del empleador, el centro de este Derecho del Trabajo deja de ser también la regulación de la relación de trabajo, sino que –lo que queda del Derecho del Trabajo– solamente se utiliza como un medio de regulación del mercado laboral.

## **11.6. FLEXISEGURIDAD COMO EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE REFORMULACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO DESDE EL LIBERALISMO**

Dentro de este panorama lúgubre de reformulación del Derecho del Trabajo desde las perspectivas liberales, la propuesta estrella que los defensores de estas corrientes han concebido es la de la flexiseguridad.

Así pues y a partir de esta propuesta, se pretende corregir los errores que podría presentar la flexibilidad clásica. En estas condiciones, puesto que estas perspectivas se han encontrado como extremas, –ya que desconocen la naturaleza del mercado y sus fallos, mismo que supuestamente pretenden defender– ha aparecido la flexiseguridad como el mecanismo que propendería a garantizar que se cumpla la flexibilidad, pero que a la vez establecería mecanismos para la corrección de los desequilibrios que se producen en el

---

<sup>337</sup> “Worse yet: even those relatively rare trade-related agreements specifically designed to ensure adherence to core labour standards—including protection for vulnerable workers—have had little or no effect.” ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye? - Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág 382.

mercado laboral, generando al mismo tiempo seguridad para los trabajadores.

Este concepto –que en papeles suena bastante coherente– ha sido claramente defendido a nivel de Europa<sup>338</sup>, ya que al parecer supone compaginar intereses fundamentales en el Derecho del Trabajo que comúnmente han sido considerados contradictorios; de tal manera que no estamos hablando de un concepto menor, por el contrario este ha tenido gran repercusión a nivel del Derecho del Trabajo por la importancia que tiene Europa en la creación de tendencias jurídicas y en particular en lo que respecta al Derecho del Trabajo.

En consecuencia, resulta fundamental analizar el concepto de flexiseguridad para encontrar si efectivamente cumple o no con los cometidos para los cuales ha sido creado. Al respecto pues, para definir a la flexiseguridad bien vale acercarnos al modelo danés que es aquel que se ha considerado como ejemplo por antonomasia de esta corriente.

El modelo danés<sup>339</sup> de flexiseguridad prevé como línea filosófica general que se efectúe una mixtura de conceptos, por una parte que se garantice la existencia de flexibilidad –misma que es definida vagamente<sup>340</sup>, aunque tendrá que entenderse que se defiende desde la perspectiva que beneficie siempre al empresario<sup>341</sup>–, siendo este un requisito

---

<sup>338</sup> “...Pero el principal problema del concepto de flexiguridad en la Unión Europa ha sido la instrumentalización ideológica de la que ha sido objeto prácticamente desde el principio, hasta el punto de llegar a ser interpretado como justificación de la flexibilidad clásica. La estrategia de consenso ideológico que en algún momento pareció tener el concepto de flexiguridad fijó un rumbo forzosamente impreciso que, a fuerza de intentar ser desentrañado, sembró desconfianzas e incertidumbres. Han tenido gran relevancia en que el concepto de flexiguridad haya tendido en el ámbito comunitario a una interpretación parcial demasiado asentada en su vertiente transicional tres documentos comunitarios: el informe Wim Kok I (2003) –pese a que no hacía referencia expresa a la flexiguridad–, el Libro Verde (2006) y la Comunicación de la Comisión sobre la flexiguridad (2007). Aunque el primero también postulaba la inserción y la cohesión social, se limitó a dar una versión fundamentalmente transicional de la flexiguridad.” BALLESTER, MARÍA AMPARO. *La flexibilidad interna en el marco de la relaciones laborales*. En: *XXII Congreso Nacional de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián: 2012, pág. 11.

<sup>339</sup> “Dutch Professor Hans Adriaansens, a sociologist, reportedly used the term in speeches and interviews in the mid-1990s. But flexicurity is also a notion that can be traced to a government policy pursued by the Danish government under the leadership of prime minister Rasmussen during the 1990s.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 214.

<sup>340</sup> “Of course, the flexicurity ‘model’ does not entail a precise blueprint. Rather, it constitutes a general reference point for change only.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 219.

<sup>341</sup> OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 486.

que se asume indispensable para el desarrollo de los mercados actuales; más se precisa que esta flexibilidad no suponga la generación de situaciones de inseguridad para los trabajadores<sup>342</sup>. Por lo tanto, existe flexibilidad que reduce los beneficios otorgados a las relaciones de trabajo, mientras que por otra se generan políticas de seguridad que propenden a incluir a nuevas personas en el mercado de trabajo mediante capacitación y facilidades para la reubicación de trabajadores una vez que pierden su trabajo, así como también, se trata de proveer de mejores protecciones de seguridad social a los desempleados, lo que resulta en el llamado triángulo de oro<sup>343</sup> que busca generar una suerte de protección que permita corregir algunos de los desequilibrios del mercado laboral. Hay que notar también, que se apunta en general a la corrección de yerros en el mercado laboral más que a la corrección de desequilibrio en la relación de trabajo.

Hasta aquí entonces, la idea filosófica de la flexiseguridad resulta cuando menos interesante; de todas formas, en los detalles se esconden algunos de los principales problemas de la figura. Al respecto pues, en cuanto uno se pregunta cómo se generará la seguridad que se encuentra descrita por la teoría de la flexiseguridad, la respuesta es que el Estado generará la seguridad por medio de la protección de quienes van a acceder al mercado, así como también de aquellos que quedan desempleados.

Es decir, que se aplica la vieja práctica liberal –que ciertamente de liberal tiene muy poco– en cuanto se privatizan las ganancias ya que el empresario se beneficia de la flexibilidad adicional que adquiere al disminuirse las condiciones de protección del trabajador; mientras que por otra parte se socializan las pérdidas –o costos– ya que cuando el trabajador deja de estar empleado justamente por la flexibilidad que existe, quien asumirá el peso de esa situación y de su reinserción en el sistema, es el Estado.

---

<sup>342</sup> “The overall aim is to create a labour market characterised by ‘flexicurity’ (a combination of flexibility and security), in which highly skilled, adaptable workers always have plenty of job opportunities (security), but can move easily from one job to another (flexibility) DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 94.

<sup>343</sup> “Teóricamente los ingredientes típicos de la flexiguridad se encuentran fuertemente visibles en la experiencia danesa, que suele sintetizarse en torno a tres aspectos (golden triangle): mercado de trabajo flexible (motivado por un bajo nivel de regulación laboral); políticas activas de empleo y una generosa cobertura de seguridad social.” BALLESTER, MARÍA AMPARO. *La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales*. En: *XXII Congreso Nacional de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián: 2012, pág. 13.

Estamos ante una postura absolutamente incoherente que llega al extremo de proteger al empresariado tan ciegamente que decide que los costos que se generan de la destrucción del empleo que propicie, entre otros, serán pagados por los propios trabajadores, que son los que tributan para que se apliquen las políticas sociales que supuestamente les beneficiarán una vez que ya no gocen de empleo; de tal forma, que el empleador disminuye ostensiblemente la responsabilidad por la terminación de la relación de trabajo.

En consecuencia, además, se hace inútil desde la perspectiva de la flexiseguridad seguir restringiendo la aplicación del Derecho del Trabajo a un grupo de personas<sup>344</sup> o seguir definiendo a la subordinación como elemento determinante, puesto que todas las personas que presten servicios no tendrán derechos dentro de su relación sin importar si subordinado o autónomo. Por lo tanto es irrelevante para los ideólogos de la flexiseguridad determinar a quién se debe aplicar o no el Derecho del Trabajo ya que propiamente sus obligaciones desaparecen; por lo que ni siquiera la flexiseguridad se detiene a analizar qué personas deben someterse a la normativa del Derecho del Trabajo<sup>345</sup>, ya que al final la teoría, en aplicación del concepto de flexibilidad, logra establecer un sistema muy parecido al civil ordinario.

A su vez, si partimos del concepto de que el Derecho del Trabajo nace –y tiene su razón de ser– para regular la prestación de servicios y los desequilibrios que se producen dentro de esta relación, habrá que concluir que la propuesta de flexiseguridad realmente no está corrigiendo en nada los desequilibrios que se producen en de la relación para la prestación de servicios. Estos, por el contrario, se incrementan ya que la flexibilidad en

---

<sup>344</sup> “Indeed, in recent years there is a growing consensus among scholars that the concept of ‘employee’ has been over-used, in the sense that some of the rights that currently apply only to employees should be enjoyed by broader groups.<sup>6</sup> Human rights are an obvious example; there seems to be no reason why protection against racial discrimination, for example, should not apply to independent contractors just like employees.<sup>7</sup> Health care, basic social security and health and safety protection should similarly be available to independent contractors as well. But the critique goes further than that; the linkage between employment and other rights must also be questioned.” DAVIDOV, GUY. *The Reports of my Death are Greatly Exaggerated: ‘Employee’ as a Viable (Though Over-used) Legal Concept*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 136.

<sup>345</sup> “While the Green Paper indirectly acknowledges the futility of seeking agreement on a single definition of employee (for purposes of EU law) in the current political climate, it invites constructive suggestions for ‘more convergent’ definitions in the various EU Directives.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 219.



muchos casos otorga mayores poderes a quien ya ostenta una posición de dominio, ya que es común que sólo se mantenga en la medida en que beneficie al empresario.

En el fondo, solamente se justifica la disminución de protección, a costa de que el Estado confiera algún tipo de red social en estos casos,<sup>346</sup> donde además –bajo el supuesto de que se protegerá a algunas personas que no se encuentran dentro de la relación de trabajo– finalmente se deja desprotegidas a todas las personas que se encuentran dentro de la relación de trabajo.<sup>347</sup>

Luego, la flexiseguridad trata de encubrir como Derecho Laboral lo que realmente es una política social estatal. Así, en muchos casos genera la protección no de quien presta servicios, sino de las personas que aún no los prestan o han dejado de prestarlos. Sin duda pues, debe existir un mecanismo de protección para quienes no se encuentren dentro del mercado laboral, más el Derecho del Trabajo tiene como objeto regular la relación de trabajo, es decir la relación en la que al menos se produzca la ejecución de un trabajo, por lo tanto no debería ser reemplazado por un mecanismo para fijar políticas sociales o económicas. Una vez más, se intenta reducir el Derecho del Trabajo solamente a su función económica y se deja de lado la regulación puntual de las relaciones laborales.

No puede pues, suplantarse la existencia del Derecho del Trabajo y la corrección de los desequilibrios en la relación, con políticas económicas. Si bien tienen que existir esas políticas para proteger a quienes no son parte del mercado laboral –que deberían ser reguladas por entidades estatales–, en nada aquello determina que no existan desequilibrios en la relación de trabajo que deben ser corregidos; siendo este el objeto central del Derecho del Trabajo que es obviado desde la perspectiva de reformulación propuesta por la flexiseguridad, en la medida que los desequilibrios en la relación de

---

<sup>346</sup> “...Sin duda bajo el sonoro concepto de flexiseguridad hay una pretensión de reducir costes laborales para los empresarios facilitando la movilidad interna y externa de los trabajadores, con la garantía del Estado de que las transiciones no penalizarán a estos últimos, en un equilibrio donde el tercer actor y las finanzas públicas tiene mucho que empeñar.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 584.

<sup>347</sup> “The zero-sum formula by which the protection afforded to ‘insiders’ would be reduced in order to provide full protection to ‘outsiders’ seems to be based on a fallacious argument that seeks to demolish the most important right of workers” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 99.

trabajo, aplicada la flexibilidad, quedarán vigentes.

En conclusión, se puede observar en líneas generales, que la flexiseguridad deja irresuelto el problema fundamental del Derecho del Trabajo que es la regulación de los desequilibrios que se generan dentro de la relación de trabajo; por lo que más que ser una política de Derecho del Trabajo, es una política de manejo económico que además está trazada solamente en cuanto le beneficia al empleador, como todas estas ideologías para la reformulación del Derecho del Trabajo desde la perspectiva liberal. Por lo que, muy poco contribuyen a desarrollar un Derecho del Trabajo liberado –aunque sea en algo– del yugo ideológico y centrado en la corrección de los desequilibrios en la relación del trabajo tal como se pretende reformular en este estudio; de ahí, que no es esta perspectiva de relevancia como hipótesis para la reformulación de la relación protegida dentro del Derecho del Trabajo en el Ecuador; así como sucede con la mayoría de las posturas de reformulación del Derecho del Trabajo desde una visión liberal, que también se han analizado.

De todas formas, resulta indispensable una sistematización de estas tendencias tal como se ha realizado; primero para poder conocer su concepto más allá de la retórica y la propaganda, así como también para justificar porque pese a ser corrientes tan en boga, no serán utilizadas para la redefinición de la relación de trabajo protegida que dentro de este trabajo se pretende formular.

## *Título XII*

### ***SOLUCIONES QUE RECONOCEN LA DISTINCIÓN BINARIA PERO AMPLÍAN O PRECISAN SU CONTENIDO***

Una vez que hemos valorado las tendencias que desde la perspectiva mayoritariamente liberal pretenden reformular el Derecho del Trabajo –mismas que no hacen mayor precisión sobre la división binaria del Derecho del Trabajo, que como se ha visto en fases iniciales de este trabajo, es parte central de la construcción de la disciplina–, ahora como una consecuencia lógica, correspondería analizar aquellas tendencias que buscan la redefinición del Derecho del Trabajo desde una perspectiva social. De todas formas, no cumpliré con esa secuencia, puesto que no se encuentra una clara estructuración de un conjunto propuesto que desde una perspectiva social pretenda definir el Derecho del Trabajo; por el contrario, lo que se encuentra son propuestas bastante híbridas entre teorías sociales y liberales que pretenden definir la relación de trabajo protegida, centradas más que en la ideología que en la reformulación de los conceptos en virtud de los cuales se ha construido la relación protegida por el Derecho de Trabajo.

En esta virtud, procederé a analizar aquellas teorías que pretenden una redefinición de la relación de trabajo a partir de una reformulación del entendimiento de sus estructuras. Así pues, otro gran conjunto de soluciones propuestas para la redefinición de la relación de trabajo protegida es el de la ampliación o precisión del concepto que determina cuál es la relación que debe ser objeto de protección dentro del Derecho del Trabajo; es decir el de la discusión de la división binaria que establece qué categorías de prestadores de servicios tienen que someterse a la protección del Derecho del Trabajo y qué otras no.

Al respecto –tal como se ha visto– el concepto central para la definición de la relación de trabajo protegida es el de la subordinación. Por lo tanto, si se ha considerado mayoritariamente que este concepto es impreciso y excesivamente limitado es evidente que se debían formular propuestas para la redefinición de la relación de trabajo a proteger basadas, fundamentalmente, en mejorar la definición del concepto clave que delimita el

marco de aplicación del Derecho del Trabajo<sup>348</sup>; aunque, como se verá en el desarrollo de este título, estos mecanismos de ampliación del concepto que sirven para delimitar la clasificación binaria del Derecho del Trabajo entre asalariados y dependientes, no siempre se encuentran vinculados a la subordinación –aunque como es evidente, reconocen una división binaria– razón por la cual se han incluido dentro de este apartado, que si bien estudia primordialmente la división binaria establecida en virtud de la subordinación, no necesariamente se limita a esta.

De cualquier forma, cabe observar que no estamos ante un tema de análisis simple, ya que la delimitación del concepto que permite definir quién se encuentra protegido y quién no, es un tema de discusión que es realmente ubicuo dentro del Derecho del Trabajo; lo que determina que las perspectivas para analizar su discusión pueden ser amplísimas. De tal manera que en esta investigación lo que se ha querido es analizar algunas de las principales.

Más aún, resulta de bastante complejidad el análisis de la división binaria como se ha formulado y cómo puede modificarse, ya que aún hoy no existe una definición unívoca sobre el tema a partir de la teoría internacional del Derecho del Trabajo, incluso ni siquiera a nivel regional europeo, por ejemplo<sup>349</sup>, como podrá observarse a continuación.

Por todo esto, claramente supone un esfuerzo teórico importante el intentar formular una mejor definición de aquellas relaciones de trabajo que pueden tener protección dentro del ordenamiento jurídico laboral a partir de la redefinición de la división binaria históricamente establecida en el Derecho del Trabajo.

Al respecto, una de las primeras consideraciones que cabe formular es que estas teorías sin duda gozan de una mayor credibilidad ab initio dentro de esta investigación ya que

---

<sup>348</sup> “...Since access to the protective rules of labour law depends on it, one would expect a clear, unambiguous understanding of what the concept of employee stands for. However, and intriguingly, an unequivocal definition is lacking in labour law systems throughout the world. Effectively, the legislature has left it to the courts to decide, on a case by case basis, whether someone qualifies as an employee.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 55.

<sup>349</sup> “...Baste con un ejemplo: casi cuarenta años después de su fundación, la Comunidad Europea no ha conseguido todavía ponerse de acuerdo en una definición única del concepto del trabajador asalariado”. SUPIOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Intencional del Trabajo*, vol. 118, núm 1, 1999, pág. 36.

parten de la reevaluación científica y jurídica de una estructura del Derecho del Trabajo; contrariando a las posiciones estudiadas en el título previo que corresponden más a la reformulación del Derecho del Trabajo desde una postura ideológica; lo que justamente es algo que se pretende disminuir a su más mínima expresión a la hora de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida, como objetivo principal de este trabajo. Esto determina, pues, que una visión para la redefinición de la relación de trabajo que parte de un análisis técnico de las estructuras laborales será sin ninguna duda bien recibida.

En esa medida, estas posiciones de reformulación del Derecho del Trabajo y de la relación protegida por este gozan de mayor relevancia puesto que coadyuvan al fortalecimiento de la disciplina jurídica, ya que lejos de pretender la destrucción de sus instituciones, buscan darle una mejor explicación. Así y con estos antecedentes, procedo a analizar las principales soluciones que buscan la redefinición de la relación de trabajo protegida a partir de una reformulación de los conceptos utilizados para delimitarla dentro del Derecho Laboral.

### **12.1. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN POR UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

En este contexto y puesto que se ha determinado que resulta complejo determinar cuándo existe o no subordinación dentro de un caso específico, un mecanismo para la precisión del concepto de subordinación ha sido el otorgar la facultad de determinar en qué casos se ha producido la subordinación a una autoridad administrativa.

Ordinariamente, si el trabajador y el empleador son quienes deben realizar un juicio de su relación y determinar si en efecto se aplica o no el régimen de protección laboral, a partir de considerar si se configura la subordinación o no –que como vemos es un concepto sumamente impreciso–, no será difícil colegir que las posibilidades de que de la calificación que hagan los contratantes de la relación que celebrarán, sea errada.

En esa medida, y para solucionar el problema que se produce al calificar una relación como subordinada o no, se ha generado un mecanismo por el cual un tercero que no es una autoridad judicial es quien se encarga de determinar si la relación de trabajo que se

pone en su conocimiento es subordinada, y si por lo tanto, genera protección o no. Uno de los casos en que se encuentra este sistema es el italiano que ha supuesto que se encargue a una entidad administrativa la posibilidad de calificar la relación laboral para determinar si se produce o no subordinación. Ante esta experiencia, hay que señalar que el sistema es optativo y además no vinculante, por lo que la calificación en realidad no surte ningún efecto real y tampoco evita ningún conflicto, ya que solamente constituiría un informe si se discute ante un Juez.<sup>350</sup>

Evidentemente, la falta de coercitividad hace que este sistema sea de poca utilidad ya que, en la práctica, no evitará que se produzca ningún conflicto y en realidad lo que genera es un trámite adicional sin mayores efectos, con lo que se resta el posible beneficio que podría existir al tener una calificación previa de la relación de trabajo que permita conocer con mayor certeza cuál es el régimen jurídico que se tiene que aplicar a la misma.

Un antecedente interesante de un sistema que podría funcionar con efectos más directos es el denominado Statusfestellungsverfahren<sup>351</sup> en Alemania, por el cual se puede solicitar a la autoridad administrativa –para efectos de seguridad social– la calificación de la relación laboral con el objetivo de conocer si se le aplica el régimen de autonomía o la protección. En este caso, la diferencia sustancial es que estamos ante una resolución

---

<sup>350</sup> “...Así las cosas, se reitera que no existen fórmulas cerradas que otorguen respuestas absolutas sobre la presencia o no de la subordinación, elemento esencial de la relación de trabajo, como se explicó en precedente. En Italia, para contar con elementos de juicio más precisos en aras de determinar la existencia de la subordinación y el consecuente contrato de trabajo, se estructuró un esquema en el que se otorgaron competencias a las entidades privadas y a las universidades para certificar la naturaleza de los contratos. El modelo es un experimento que consiste en facultar al Centro para el Empleo para calificar cada contrato a solicitud de las partes: (...) La certificación es controvertible ante la jurisdicción ordinaria laboral, incluso por vicios del consentimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Decreto 276 de 2003, cuando exista error en la calificación del contrato o en los casos de disconformidad entre el contrato certificado y el que se desarrolla en la práctica. A pesar de tratarse de una iniciativa importante, en aras de dar mayor grado de certeza en la calificación del tipo contractual, ha tenido escasos resultados prácticos, dada la escasa confianza en las entidades de certificación, que son pagadas por una de las partes interesadas, y la ausencia de nivel vinculante de la calificación para el juez.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 52.

<sup>351</sup> “It is probably too early to say whether the Italian certificazione will be as successful as the German Statusfestellungsverfahren. It is also difficult to forecast to what extent the German notion of economic and financial dependence, as used in the area of social security, could be also adopted for the purposes of labour law, in Germany or elsewhere.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 67.

que es vinculante, de ahí su principal diferencia con el sistema italiano. Claro está, en virtud del principio de unidad jurisdiccional, la decisión administrativa tomada siempre deberá ser recurrible.

El hecho de que la calificación administrativa sea recurrible evita la principal crítica que se le hace a este sistema, que es que no puede prever con antelación cómo una relación de trabajo puede desarrollarse, por lo que una calificación previa no atenderá a la realidad contractual.<sup>352</sup> Así pues, la calificación se debería hacer en cualquier momento y servirá para reconocer la realidad en ese instante; luego, si la relación se modifica, la impugnabilidad del informe sería el mecanismo para poder actualizar la certificación.

En cualquier caso, no deja de ser una propuesta interesante en la medida en que permita una calificación más precisa y certera de la relación protegida –antes de un litigio– de una manera rápida y menos costosa<sup>353</sup>; lo que, como se ha dicho, tiene sentido en la medida en que la resolución que se emana tenga algún poder de vinculación. De tal manera que se pueda otorgar un poco más de certeza a la calificación de la relación de trabajo y su observación de si esta debe ser protegida o no.

Esta posibilidad, cabe recalcar, en nada modifica el sistema en cuanto a la determinación de lo que se entiende por subordinación, lo que es importante es que permite una mayor certeza al momento de precisar cuándo se considera que existe subordinación, ya que desde un inicio este posible tema de conflicto, ya estaría determinado. Es realmente un cambio en cuanto a la forma en que se califica la relación y se aplica la división binaria;

---

<sup>352</sup> “...A preventive, ex ante, qualification of an employment relationship makes little sense, given that, in theory, this qualification should be both a matter of law and fact and as such heavily depends on the concrete factual conduct of the parties to the relationship, something that by definition can only be appreciated ex post, that is to say once the relationship has been in place for a certain amount of time.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 67.

<sup>353</sup> “...Recently, there has been a tendency to relocate that decision to the executive. Executive authorities have been given the power to classify specific categories of workers as employees. These ‘deeming’ provisions both allow for the status of specific groups of workers to be clarified (without the necessity for expensive litigation) or for an outward expansion of the boundaries of labour law, either generally or in respect of a particular set of rights. This marks a departure from past practice where administrators have been given the powers to exempt particular categories of employers or workers from the application of the law and could use this to effect deregulation. Administrative expansion offers the prospect of a swifter response to changing labour market practices than the legislative route. It also offers the potential for more nuanced categorisations of workers than may be achievable in laws of general application.” BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 193.

por lo tanto, se precisa la determinación de aquellas relaciones de trabajo que serán protegidas, algo que ciertamente resulta como una iniciativa interesante.

## **12.2. PROPUESTAS QUE PROPENDEN A LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN**

Más allá de la sola precisión de aquellas situaciones que suponen subordinación, se ha considerado que realmente lo que se requiere es una ampliación del concepto de subordinación que permita incluir como protegidas muchas relaciones que no se han encontrado amparadas por este concepto, clásicamente, ya que sin importar si existe una mejor precisión de aquellas relaciones de trabajo que son protegidas realmente el problema central es que pueden protegerse debidamente otras relaciones que vayan más allá del concepto clásico de subordinación. Razón por la cual se ha propuesto ampliar la noción de esta figura.

Así, aunque es cierto que no existe un concepto unívoco que globalmente determine cuándo se considera que una relación de trabajo será protegida o cuándo no lo será –tal como ya se ha señalado–, por otra parte, sí hay un relativo consenso en cuanto a determinar que la subordinación, clásicamente, ha sido considerada como clave para delimitar cuándo una determinada relación de trabajo es protegida.

Luego, puesto que estamos en particular ante un concepto abierto como aquel que ha servido para delimitar la relación de trabajo protegida –ya que no existe una norma internacional que la defina e incluso en muchos casos ni siquiera la norma nacional lo ha precisado–, resulta interesante analizar las tendencias que se han seguido para la ampliación del mismo, que ha quedado corto para explicar muchas de las relaciones de trabajo que pueden ser desequilibradas pero que no son resueltas por la subordinación, que ordinariamente suele aparecer innecesariamente restringida.

Esta es la razón por la que en este punto se analizan las teorías que parten de la ampliación del concepto de la subordinación, para lo cual cabe recordar que la ampliación se hará desde la noción clásica que supone esta idea; es decir, aquella que ha entendido a la subordinación como la capacidad de dirigir y controlar las actividades



del trabajador. Luego pues, las ampliaciones previstas son las que superen este concepto que contempla el carácter definidor de la relación de trabajo protegida observando primordialmente si se cumple lo que dentro de este trabajo se ha denominado como dependencia administrativa; mismo que, como se ha demostrado, resulta demasiado restringido para regular las relaciones de trabajo que se presentan en el mercado laboral.<sup>354</sup>

Al respecto, una primera línea de ampliación ha sido extender el concepto de subordinación a otras situaciones que no necesariamente se habían incluido clásicamente dentro de la misma. Así, por ejemplo, se ha considerado que existe subordinación por el hecho de que el empleador entrega materiales al trabajador, esto es, un tipo de dependencia en virtud de recurso o material; que según se ha visto desde una perspectiva teórica si puede ser suficiente en el Ecuador para generar protección, aun cuando no entra directamente en el concepto de lo que se considera subordinación.

Otro de los conceptos que se ha utilizado para ampliar la noción de subordinación, entendiéndolo que es parte de aquel, es el que busca observar si el trabajador no tiene ningún riesgo financiero en la prestación de sus servicios.<sup>355</sup> En este caso, se asume que existe subordinación aun cuando la independencia financiera en el riesgo, en nada tiene que ver con el concepto clásico de la subordinación. Cabe anotar que en regímenes como el español donde es un elemento de la relación de trabajo la ajenidad, no se ha incluido como una parte del concepto de subordinación la inexistencia del riesgo financiero, sino que se entiende que es parte del concepto de ajenidad. Esto no se aplica para regímenes como el ecuatoriano donde no existe el elemento de ajenidad, por lo que se analiza la inexistencia del riesgo financiero como criterio de ampliación de la subordinación; ya que esta es la única forma en que podría incorporarse este criterio en el caso ecuatoriano,

---

<sup>354</sup> “...If we look at such a circumstance from an employment relationship viewpoint, in order to speak of employment, there must be some hierarchical power relationship- even if it is only negligible. As mentioned above, hierarchical power allows the working activities of employees to be moulded and directed according to firms’ aims and requirements.” <sup>354</sup> CASALE, GIUSEPPE. *Employment Relationship: A Comparative Overview*, Geneva: International Labour Office, 2011, pág 17.

<sup>355</sup> “The indicators that seem the most significant ones for defining subordinate are: -the presence of an organization on the employer’s side; the absence of an economic risk related to production; the payment of a salary; the observance of set working hours; work materials and equipment that are not the workers property.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 140.

que desde una perspectiva práctica solo asume como elemento de la relación de trabajo protegida la subordinación, y no la ajenidad.

Así mismo el concepto anterior podría asimilarse al concepto esgrimido en este trabajo de dependencia financiera, que supone que el trabajador ni se beneficie ni se perjudique por los resultados de su trabajo, sino que perciba una remuneración estable como mecanismo para determinar quién es subordinado, y por ende protegido; por lo que la subordinación, incluiría este elemento como uno de sus componentes, en la fórmula de ampliación.

Este es un mecanismo que actualmente se utiliza mucho en países como Italia, Alemania, y Francia como criterio estrella de ampliación; por lo tanto, estamos ante una clara tendencia diseñada para incluir nuevos conceptos dentro del de subordinación<sup>356 357</sup>. Más aún cuando no suele ser muy utilizado el elemento de ajenidad como componente para definir la relación de trabajo que debe ser protegida, por lo que se estila incorporar el criterio de subordinación u otros tipos de sometimientos que pueden existir en la relación de trabajo, sin que necesariamente estos nuevos tipos se adapten a la clásica definición de subordinación, limitada solamente a la capacidad de dar órdenes en cuanto a la forma de ejecución, y controlar la prestación de servicios que será realizada por el trabajador.

Otros de los conceptos que de una u otra forma amplían el concepto clásico de subordinación se puede encontrar en la doctrina italiana que ha generado el indicador de colaboración, que se entiende es uno de los componentes de la subordinación. Así se concibe que existe “colaboración” por el hecho de que el trabajador se encuentre disponible y que preste sus labores de manera continua, lo que implica analizar que el

---

<sup>356</sup> “The allocation of risk is the ultimate key subsidiary indicator, and in Italy and other countries (especially Germany and France), legal doctrine has recently focused on risk as a more relevant criterion for distinguishing subordinate and autonomus work. And important aspect of subordination is the exemption from entrepreneurial and contractual risk of the subordinate worker.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 147.

<sup>357</sup> “...And once more, two tests, a positive one and a negative one, have been introduced as a qualification to the notion of subordination. The courts verify dependency by checking whether the worker is integrated into a productive organisation controlled by a third person and, from a negative point of view, by making sure that the worker is not working on her own behalf, that she is not participating in the profits and to the losses, that she does not own the means of production nor have a clientele of her own.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 60.

trabajador aun cuando no reciba órdenes directamente –lo que supone subordinación– podrá considerarse como si ésta se produjere por el hecho de que se encuentre disponible, incluso a la distancia, para ingresar dentro del engranaje del empleador; es decir, porque funcionalmente se encuentra integrado en la organización de una empresa.

Es un tipo de dependencia funcional, en parte, puesto que debe adaptar su actividad a la organización de la compañía, pero a la vez también hay una suerte de dependencia comercial, en la medida de que el trabajador debe evitar ocuparse para estar disponible para el empleador –lo que le impide acceder al mercado libremente–, o a su vez, lo que le impide adaptarse funcionalmente dentro de otra organización, claro que no desde la perspectiva clásica de subordinación; es decir, no necesariamente sometiendo a órdenes del empleador aunque sí necesitando adaptar su actividad de tal manera que pueda engranar con los procesos productivos de la empresa. En consecuencia, se produce la dependencia funcional donde las actividades del trabajador solo tienen sentido y se desarrollan en la medida en que se adapten al ordenamiento del empleador.<sup>358</sup> Este pues, es otro concepto por el que se asume una relación de trabajo, aunque no estamos ante una estricta subordinación y se incorpora un nuevo elemento a lo que podría considerarse como subordinación

De igual manera ha sucedido en Francia, donde el concepto clásico de subordinación también se ha visto ampliado, así por ejemplo, se ha utilizado el concepto de integración, o continuidad, que es muy similar al de la colaboración italiana. En este caso pues, se ha asumido que una forma o componente de la subordinación que genera protección es la existencia de integración y continuidad en el servicio que supone que aunque el

---

<sup>358</sup> “In Italy the notions of ‘continuity’ and ‘availability over a period of time’ are equally important and are seen, both by the doctrine and the jurisprudence, as an essential aspect of collaborazione, one of the duties of the employee towards his employer. On the other hand the Italian doctrine has developed continuity as *continuità ideale*, a concept that ‘deploys its effects on a teleological, rather than temporal level, and is therefore different from the continuous or periodical execution of the performance, that is to say from the mere distribution over time of the fulfilment to the obligation’; continuity in the context of subordinate employment ‘has to be understood not in its material sense but in the theoretical (*ideale*) one, as dependence or functional availability’ of the worker ‘in someone else’s enterprise’. This stance is confirmed by the Italian jurisprudence that sees the ‘theoretical continuity’ of the availability of labour energies, rendered to the employer in such a way as to allow their purposeful insertion in the overall organisation of the enterprise, as a constitutive element of the employee’s duty to collaborate.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 69.

trabajador no esté sometido a los órdenes de su empleador, el hecho de que su actividad se encuentre integrada a la producción de la compañía y continuamente disponible da como resultado un tipo de subordinación que obliga a la existencia de protección, ampliando así el contenido ordinario de la subordinación, pero no suplantándolo.

Así mismo, dentro del sistema francés también se ha procedido a aplicar el criterio de dependencia financiera, por el cual si el trabajador no se beneficia de los frutos ni asume los riesgos de la prestación de sus servicios, se entiende que se produce subordinación.<sup>359</sup> Adicionalmente en el caso francés, también se ha dado un criterio de ampliación normativa de la subordinación por el cual se considera que determinadas actividades, por prestar características determinadas, también entran dentro del marco de aquello regulado por la subordinación, por lo que de facto suponen un ampliación del concepto de subordinación.

Así por ejemplo, en el caso de que una persona se dedique casi exclusivamente a vender los productos de otra se asume la existencia de subordinación y por ende de protección, aunque no necesariamente se mire por ejemplo si la persona que vende los productos se encuentra sometida a la típica dirección de sus actividades propias de la subordinación. Por lo tanto, a partir del criterio de dependencia material, se asume que este es suficiente para la protección<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> “...Supiot argues that the technique adopted by the judicial power is to make recourse to what he defines the ‘faisceau d’indices’, what in English could be termed as a spectrum, or multiplicity, of tests. In France, for instance, judicial attempts to define the notion of travail dependant still focus on the quest for indications of a subordinate relationship between a worker and his employer. But in the last few decades, ‘ce critère de la subordination s’est considérablement enrichi et complexifié’. This new complexity, aimed at ‘enlarging the notion of contract of employment’ by exploring whether the worker is exercising his freedom to work or his freedom to undertake, takes the shape of two new tests adopted by the French courts. (...) The first one is that of ‘integration into an organised service’, in which the courts ask themselves whether the beneficiary of the service is actually directing and controlling the terms and conditions for the execution of the work, as opposed to the mere execution of the work. The second test, called ‘participation dans l’entreprise autrui’ is a negative one, in which the courts verify that the worker is neither employing other workers for the performance of the required service, nor that he has his own clientele, or that he is the bearer of the enterprise risk. It is worthwhile stressing that these criteria and tests are only a further qualification of, and not a substitute for, the traditional concept of subordination.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág 60.

<sup>360</sup> “...Así, en virtud de los arts. L 781-1 y ss. *Code du trav.* las garantías típicas del Derecho del trabajo se aplican a los profesionales cuya actividad consiste en vender bienes o mercancías provenientes exclusiva o casi exclusivamente de una empresa industrial o comercial que impone las condiciones de venta o de la

Debo dejar claro que no me refiero a las situaciones donde se presume que existe subordinación sin que exista un criterio en virtud del cual se formula esta presunción, ya que estas –a diferencia del caso analizado– no amplían el concepto de subordinación sino que simplemente asumen que algunas actividades son objeto de protección solo por la actividad que se realiza, sin analizar algún elemento particular de aquellas relaciones que sirva como criterio para determinar una ampliación del concepto de subordinación.<sup>361</sup>

Luego, lo que importa dentro de este análisis son los criterios que ordinariamente no han sido parte de la definición de la subordinación, pero se han incluido dentro de esta ante el desbordamiento de un concepto que evidentemente se ha visto sobrepasado.

De cualquier forma, se puede colegir que la inclusión de nuevos conceptos para entender la subordinación no es rigurosa. Sobre el tema pues, ya se ha analizado que la subordinación supone el sometimiento a una organización y a las órdenes de una estructura, desde una perspectiva incluso etimológica, por lo tanto la ampliación del concepto no se apareja a su definición. Nada en el concepto de subordinación supone que el empleador por ejemplo mantenga un sometimiento material sobre el trabajador, o que el trabajador no participe de los riesgos financieros de la compañía empleadora. Pese a esto, la técnica de ampliar el contenido de la subordinación incluso desde una perspectiva normativa no ha sido extraña en los ordenamientos jurídicos<sup>362</sup>.

De todas formas, la técnica antes detallada no es del todo precisa. Así, bien podría –desde el concepto clásico– existir un trabajador que participe de los riesgos financieros de la

---

recepción de encargos u objetos, la custodia o el transporte para una sola empresa, todo ello en un local facilitado por la empresa y en las condiciones impuestas por esta.” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 43-44.

<sup>361</sup> “En Francia, por ejemplo, la inicial —y simplista— identificación de la subordinación como sujeción del trabajador a las órdenes empresariales se enriquece y hace más compleja con el recurso al criterio de la integración del trabajador en un servicio organizado o su participación en una empresa ajena. Se pretendía con ello ampliar el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, que con el tiempo llegará a extenderse incluso a ciertas profesiones en las que no existe ciertamente vínculo de subordinación”. MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 13.

<sup>362</sup> “...Statutory intervention As a consequence of (or despite) these conceptual shortcomings, several European Member States have attempted to expand the ‘subordinate employee’ domain and mark with a higher degree of clarity the line between employee and self-employed thorough statutory intervention. It should be stressed that statutory intervention has also been used to expand the opposite notion of self-employed.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 63.

compañía –como sucede en el caso de la remuneración solo por comisiones, que existe en el Ecuador–, por lo que habría independencia financiera; mientras que por otra parte pueda haber subordinación. Es decir, que el concepto de subordinación estrictamente utilizado no es útil para incluir todas las posibles ampliaciones que se han dado de el mismo, ya que se en general su concepción sugiere la existencia de lo que se ha denominado como dependencia administrativa, sin que quepan otros tipos de dependencia. De tal manera que la propia denominación del concepto no es lo suficientemente comprensiva si se busca su ampliación.

Otro ejemplo podría ser la dependencia técnica, es decir el sometimiento del trabajador por la necesidad del conocimiento técnico que tiene de su empleador, sin que por otra parte, exista control directo de las actividades que realiza el trabajador ni de la forma en que deba realizarse el trabajo; así por ejemplo, podría suceder con el pintor que trabaja con un diseñador del que depende para ejecutar su labor, en virtud de que es el diseñador quien presenta los planos indispensables para la obra del pintor, aunque el diseñador no controle la forma que realiza el trabajo, ni horarios, en la práctica, existe un claro sometimiento del pinto al diseñador por una dependencia técnica.

En el caso propuesto, no hay subordinación pero sí desequilibrio, por lo tanto, la única forma que se ha encontrado para regular esta situación sin modificar la ley es el asumir que la dependencia técnica de alguna forma es parte de la subordinación, y de esa forma se puede proteger esa relación aunque no se presente expresamente subordinación, ya que este es el concepto clave que de acuerdo a la normativa –ordinariamente– debe cumplirse para que se configure la protección.

Por lo tanto, el mecanismo más ordinario para ampliar el concepto de subordinación, ha sido incluir nuevos elementos como componentes de la subordinación<sup>363</sup>, aunque esta

---

<sup>363</sup> “...Los indicios comunes de la dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son, en la sistematización de STS 9-12-2004, (a) la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste; (b) el sometimiento a horario; (c) el desempeño personal del trabajo, compatible con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; (d) la programación por el empleador de la actividad del trabajador; y (e) la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Siguiendo la misma sentencia, los indicios comunes de ajenidad son entre otros (aí) la entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados o de los servicios realizados; (bí) la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o relaciones con

realidad no es del todo muy precisa, en la medida que la subordinación, desde una perspectiva estricta, como concepto no podría en todos los casos abarcar la totalidad de nuevos elementos que se incorporan a su definición, tal como se ha detallado.

Es decir que, obligados por las circunstancias de no poder modificar el status normativo o doctrinal imperante, se amplía artificiosamente el concepto de subordinación para delimitar la relación de trabajo que deberá ser protegida, incluyendo conceptos que no se enmarcan dentro de la idea de los criterios que establece la norma como aquellos suficientes para generar protección.

El beneficio, en cualquier caso, es que siempre que exista cualquiera de los sometimientos antes referidos –entendido como parte de la subordinación– se generará protección aunque en realidad los nuevos conceptos no se adapten a la idea de subordinación.

Así por ejemplo, la sola dependencia material puede generar protección ya que se asume que es subordinación; lo que no suele ocurrir cuando se la define como un concepto aparte, ya que en ese caso se da protección a la subordinación y los otros tipos de dependencia –como serían la dependencia financiera o material– suelen utilizarse como fundamento para crear otros sistemas –ordinariamente con menores derechos–. Tal como sucede en España con los dependientes económicos que pese a evidenciarse su situación de desequilibrio, no reciben la protección del Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, la inclusión de otros desequilibrios en el contenido de subordinación aunque no es una aplicación del todo correcta en cuanto a la terminología, sí garantiza que otros tipos de desequilibrios sean protegidos ya que se asimilan los mismos al concepto fetiche de la subordinación.

A partir de la definición más amplia del concepto de subordinación, existen ideas que adquieren su propia fortaleza y que se independizan de la subordinación, para, por sí

---

el público; (cí) el carácter fijo y/o periódico de la remuneración del trabajo; y (dí) el cálculo de la retribución según un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”. MARTÍN, ANTONIO. Fronteras y zonas grises del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009, pág. 24-25.

mismas, establecer un haz de indicios que determinen la existencia de una relación de trabajo que debe ser protegida.

En el caso alemán por ejemplo, la dependencia financiera –o el hecho de que el trabajador no puede participar ni de los beneficios ni los riesgos del producto de sus servicios– progresivamente está dejando de considerarse como un elemento de la subordinación, para ser un indicador autónomo de la existencia de una relación de trabajo que se encuentra en desequilibrio y por ende debe ser protegida, incluso si no se encuentra la subordinación estrictamente entendida como la facultad de control y dirección en el trabajo.

Al respecto, la ventaja de este mecanismo es que, si bien perviven los criterios de la subordinación clásica, aparecen nuevos conceptos autónomos que también son útiles para determinar si una relación debe ser protegida. El beneficio, desde esta perspectiva, es que por fin nos liberamos del concepto de subordinación como único capaz de determinar quién debe ser protegido, lo cual en parte ha nacido de la ampliación inicial del concepto de subordinación.

Evidentemente, esta solución será más difícil en aquellos ordenamientos donde el elemento de protección es expresamente la subordinación, como sucede en España. Sin embargo, en aquellos otros donde el elemento para determinar la protección no es expresamente la subordinación, bien cabe crear nuevos conceptos para la protección dentro de lo que permita el ordenamiento jurídico, como sucede en Alemania.<sup>364</sup>

---

<sup>364</sup> “Una experiencia interesante, referida por Manfred Weiss (En “The evolution of the concept of subordination. The German Experience”, registrado en *Le trasformazioni del lavoro. La crisi delle subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Fondazioni Giulio patori, Diritto e politiche del Lavoro, Franco Angeli, p. 57 y ss.), da cuenta del esfuerzo de un grupo de estudiosos alemanes que busca un nuevo criterio para sustituir la declinante categoría de la subordinación. Basado en la noción de “riesgos de empresa”, de lo que se trata es del equilibrado balance entre los riesgos de la empresa y las chances de la misma. Desde esa perspectiva, *cuando un individuo está en una situación que lo pone en riesgo empresario pero no le permite obtener las ventajas correlativas, es un empleado*. No lo es, por el contrario, si puede actuar como empresario en su propio interés y obtener para sí las ventajas. Lógicamente, estos criterios se reconocen en su propio haz de indicios: el individuo no tiene organización empresarial de su propiedad, no tiene colaboradores (con excepción de miembros de su propia familia), trabaja personalmente no dispone de oficinas de negocios, ni de capital, no actúa en el mercado por sí sólo, no es libre de elegir la ubicación de su desempeño, no puede disponer del tiempo de trabajo, no tiene clientes propios y no es libre para determinar el precio de las mercaderías o servicios. Probado sobre una muestra de 938.000 personas, el sistema evidenció una capacidad superior de reconocimiento de la sujeción económica



Este mecanismo de crear un nuevo concepto para determinar la relación de trabajo – además de la subordinación– también encuentra su beneficio en la medida en que no se expande el contenido de la subordinación más allá de lo que su terminología permite, de manera artificiosa. Así pues la subordinación, con su definición clásica, queda íntegra, y se permite la creación de nuevos conceptos de protección; lo cual es técnicamente más correcto ya que a cada indicio se le define con una denominación precisa, y se crean conceptos que son tan capaces de determinar la protección, o incluso mejores que la subordinación, tema sobre el cual profundizaré más adelante.

Esta solución en el caso ecuatoriano además es más viable dado que al utilizar el Código de Trabajo el concepto de dependencia y no de subordinación –a pesar de que se ha asumido la utilización del concepto de subordinación– en la práctica, bien puede el concepto más amplio de dependencia, contener los nuevos elementos que se añaden a la noción de subordinación, y que en el caso del Ecuador se añadirían al concepto de dependencia.

### **12.3. PRESUNCIÓN NORMATIVA DE SUBORDINACIÓN**

Luego, para evitar toda esta maraña de interpretaciones de lo que puede considerarse como subordinación o no, se ha optado por una solución que limita la posibilidad de disquisición sobre este tema; procediendo simplemente a presumir cuando una relación es subordinada y protegida sin necesidad de que se efectúe una valoración estricta de si un concepto cabe en el de la subordinación.

Se pasa a asumir entonces, qué determinadas actividades laborales tiene que gozar de protección, porque se asume que estas son actividades que ordinariamente se prestarán bajo desequilibrio, sin que exista necesidad de valorar si en efecto existe subordinación; y más que nada, cuál es el contenido de las mismas, porque en una disposición normativa

---

(Mientras con el tradicional criterio de la subordinación se registraba un 48% de autoempleados (el 19% eran claramente empleados y el 33% restante no pudo ser caracterizado), con el concepto que se experimentaba el porcentaje de autoempleados se reducía al 30% (el 44% entraba en la categoría protegida de los empleados, y un 26% no podría ser calificado..).” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 149-151.

se entiende que estas relaciones tienen que ser protegidas.

Dos han sido fundamentalmente los mecanismos para establecer la presunción de subordinación. Uno, aquel por el cual en determinado tipo de relaciones se asume la existencia de subordinación, aunque la misma no necesariamente exista. Así por ejemplo, en el Ecuador toda relación para la prestación de servicio entre un empleador y trabajador se presume es un contrato de trabajo<sup>365</sup> y por ende se entiende subordinada, – incluso antes de que se analice si se aplica o no este concepto–, solución esta que no es extraña en otras legislaciones; así igualmente se ha optado por este mecanismo en Colombia.<sup>366</sup>

Esta posibilidad facilita al trabajador la prueba para determinar si la relación es subordinada o no y en ese caso genera un beneficio, además de que también es flexible en la medida que es solamente una presunción legal, que por lo tanto admite prueba en contra.

Por otra parte, el segundo mecanismo de presunción de subordinación se genera cuando se asume –sin que quepa prueba en contra– que existen algunas relaciones de trabajo que son subordinadas y por ende protegidas siempre, sin necesidad de valorar si en efecto la relación configura o no el concepto de subordinación.

Esta solución no se ha aplicado generalmente; aunque sí en ciertos casos.<sup>367</sup> Al respecto la normativa insigne que genera esta posibilidad es la francesa, lo que no sorprende si se hace un recuento de lo histórico, y se encuentra que en Francia se forjó un sistema judicial donde el Juez deba convertirse en un suerte de máquina que simplemente aplique

---

<sup>365</sup> “Art. 12 (...) A falta de estipulación expresa, se considera tácito toda relación de trabajo entre empleador y trabajador.” CÓDIGO DE TRABAJO DEL ECUADOR.

<sup>366</sup> “En Colombia, habida cuenta de las dificultades en la determinación de la subordinación en algunos casos, el Legislador estableció como beneficio para la parte débil de la relación, esto es, el trabajador, una presunción según la cual le basta a quien presta sus servicios probar la prestación personal, para de esa manera inferir legalmente la existencia de la subordinación, y en tal caso la carga de desvirtuar dicho elemento de la relación de trabajo corresponde al empleador que defiende la tesis de que se trata de trabajo autónomo.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 60.

<sup>367</sup> “...El supuesto de mayor impacto podría estar en el matador de toros, necesitado de una cuadrilla para trabajar, y considerado por la legislación española, no ya como autónoma dependiente, sino como trabajador subordinado con relación laboral especial.” OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 382.

el Derecho, y que vea limitado extremadamente su juicio; este pues es el sistema napoleónico bajo el que se sustenta Francia, donde se crean en varios casos, como este sistema que limita la valoración del Juez y le propone una solución automática.

Así pues, dentro de este régimen existen algunas relaciones de trabajo, donde se presume subordinación, aunque no necesariamente la misma exista.<sup>368</sup> Este es el caso de las personas que se dedican a la venta directa. En este caso el ordenamiento francés asume la necesidad de protección, aunque bien podría encontrarse casos de vendedores puerta a puerta que no presten sus servicios bajo ningún tipo de dirección, y en particular sin que se presente un desequilibrio en su relación —por lo que podrían ser independientes—; de todas formas este régimen automático sin ninguna otra valoración que las actividades que desempeñan, los entiende como subordinados.<sup>369</sup>

Este tipo de presunción en cuanto a la naturaleza subordinada de una determinada ocupación, también se encuentra en otras actividades; así por ejemplo, en cuanto a los periodistas, a las personas que trabajan en la industria del entretenimiento y a los agentes viajeros<sup>370</sup>. En general, se crea un sistema que en virtud de la actividad, asume la necesidad de protección, sin analizar si efectivamente se produce la subordinación; para evitar la discusión que podría provocarse.

De esta forma, estos trabajadores que se asimilan a los subordinados no pasan a recibir un régimen de protección distinto, sino que en todos los aspectos se entienden como

---

<sup>368</sup> MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 13.

<sup>369</sup> “The French Labour Code has introduced a number of professional categories, often referred to as situations mixtes, in its livre VII, and Article L 751-1 for instance, introduces, a statutory presumption of employment status for voyageurs représentants placiers (door-to-door salespersons), regardless of whether they work for one or more employers.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, EN CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 48.

<sup>370</sup> “With certain types of contracts, the law presumes the existence of an employment relationship, for instance with commercial travelers, sales representatives and travelling salesmen (art L 751-1 of the Labour Code); journalist (art 761-2-); and entertainment workers (art. 762-1).” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 149.

trabajadores asalariados, lo que implica que se les aplica el mismo sistema protector.<sup>371</sup>

Esta solución podría tener el beneficio relativo de evitar analizar en el fondo si la relación de trabajo a la que se aplica la norma es en efecto una relación subordinada o no, con lo que se evita el conflicto de aplicar el concepto tradicional<sup>372</sup>; más en realidad, lejos esto de ser un beneficio supone una rigidez en cuanto a la determinación que puede producir peores errores que los que genera la presunción de que la subordinación siempre supone un desequilibrio, que impone la aplicación del ordenamiento laboral protector.

Si se recuerda, la necesidad fundamental de reformar la manera en que se delimita la relación laboral protegida nace porque la subordinación, como principal concepto delimitador, ha resultado muchas veces falaz ya que presume desequilibrio cuando no necesariamente existe; y por otra parte, no es capaz de determinar todas las situaciones que generan desequilibrio, dejando sin proteger relaciones de trabajo que efectivamente son vulnerables y que bien podrían ser protegidas por el Derecho del Trabajo.

Luego, si lo que se intenta es salir de un sistema que asume hechos que no siempre son certeros, el sistema de presunción de subordinación sin ningún análisis es todavía más falible que el de la subordinación clásica.<sup>373</sup> Así pues, en el sistema de subordinación clásica al menos se observa si el trabajo se realiza bajo control y dirección, mientras que la presunción de subordinación –sin ningún análisis– solo por la actividad que se realiza, entiende que se genera protección; lo cual es un sistema mucho menos preciso, puesto que no se analiza ni siquiera por medio de indicadores –como sería la subordinación– si en efecto hay o no desequilibrio que amerite protección.

En consecuencia, es un mecanismo que no aparece muy recomendable para redefinir la

---

<sup>371</sup> “...The French workers assimilated into these ‘statuts spéciaux’ have ‘la certitude de bénéficier des droits du travailleur subordonné’.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 65.

<sup>372</sup> “...It has been suggested that the presumption offers an opportunity to initiate a process of challenging the assumptions that underlie the traditional distinction between employees and independent contractors.” BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 191.

<sup>373</sup> “...Moreover, the French Labour Code specifically grants employee status to workers in a number of occupations, such as home-based workers, nursery nurses, freelance journalists and public performance artists, who, in the light of the conditions in which they carry out their activities, might be considered independent workers.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 53.

relación de trabajo protegida, si se considera que lo que se ha pretendido evitar es justamente la rigidez que supone la determinación por la subordinación; muy poco se haría al redefinir la relación de trabajo con un concepto incluso más estático y poco razonable, que es la presunción de que una actividad por el solo hecho de ser tal, deberá ser protegida.

#### **12.4. AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA DIVISIÓN BINARIA MÁS ALLÁ DEL CONCEPTO DE LA SUBORDINACIÓN**

Una vez que se han analizado las principales técnicas de ampliación del contenido de la subordinación como mecanismo que permita la delimitación entre trabajadores protegidos y no, así como los mecanismos para la precisión de esta delimitación, desde la perspectiva de la subordinación; procedo a detallar los mecanismos que suponen una ampliación o precisión del concepto delimitador de la relación jurídicamente protegida, más allá de la subordinación.

##### ***12.4.1. Técnica del haz de indicios***

Uno de los principales mecanismos para determinar si una relación de trabajo se encuentra protegida por el Derecho del Trabajo es el que se ha denominado como haz de indicios. Al respecto y mediante esta técnica, se crean una serie de consideraciones para determinar si una relación de trabajo se encuentra protegida o no; de tal manera que si se configuran una cantidad de indicios –que unas veces puede estar tasada y otras no– se aplicará la norma protectora para los trabajadores.

La técnica del haz de indicios, aunque en muchos casos considera como un indicio de laboralidad a la subordinación, no se limita a esta y por el contrario, establece indicios que también determinan laboralidad que se encuentran al mismo nivel que la subordinación. Por lo tanto, para determinar si una relación de trabajo se encuentra protegida o no, se aplicará una prueba que analiza una relación de trabajo y determina si se producen los indicios que se han considerado como susceptibles de generar la protección laboral.

Se abandona entonces la obsesión con el concepto de la subordinación y se amplían los conceptos que pueden determinar si una relación de trabajo debe estar protegida; esto permite pues, una inclusión más libre de indicadores de laboralidad, más allá de aquellos que se puedan engranar dentro de la subordinación. Se diferencia con la técnica de ampliación del concepto de subordinación, en la medida que los nuevos indicadores no sirven para añadir nuevos conceptos a la subordinación, sino que se utilizan como otros indicios de que puede existir una relación que debe ser protegida.

Así mismo, no se establecen nuevos elementos que permiten concluir que debe existir protección, sino que se establecen casos que podrían suponer que se requiera protección; aunque no siempre será definitivo que establezcan la obligación de protección, ya que los indicios solo sirven como coadyuvantes para que la aplicación del sistema laboral se genere, aunque no son definitivos.

Es interesante esta técnica en la medida que permite encontrar dónde se encuentra el desequilibrio sin que exista la obligación de hacer un contorsionismo jurídico que permita incluir nuevos conceptos dentro del de la subordinación, lo cual resta sentido, como se ha dicho, a la nomenclatura propia de la subordinación. Así también, el hecho de atar la definición a la subordinación impide que varios indicadores de desequilibrio puedan incluirse ya que existe la necesidad de enmarcarlos siempre en la subordinación a la que en muchos casos no se ajustan.

La subordinación, entonces, se convierte en un límite innecesario, que de todas formas en las legislaciones que exigen que siempre se cumpla para aplicar la norma, resulta infranqueable a menos que se derogue y modernice la normativa.

Luego, un sistema de haz de indicios que no considere a la subordinación como concepto central –o aquel desde el cual se desprende el haz de indicios– no suele ser muy común aunque sí útil, ya que en la mayoría de casos las legislaciones atan la protección a la existencia de la subordinación, como si el objeto del Derecho del Trabajo en sí mismo fuera la protección de los subordinados; hecho que como se ha visto, por lo menos desde la perspectiva ecuatoriana, no necesariamente tiene que serlo ni lo es, ya que en el fondo lo que pretende el Derecho del Trabajo es corregir los desequilibrios en la prestación de servicios y no la protección de la subordinación como un beneficio en sí mismo.

Por lo tanto, estamos ante un mecanismo que permite liberarse de la subordinación como concepto indispensable para la delimitación de la relación de trabajo que debe ser protegida, ya que bien puede existir protección si se aplica un mezcla de otros indicios que puedan determinar la necesidad de protección.

En esta medida, es interesante la experiencia Sudafricana que ha establecido un sistema de haz de indicios para determinar cuándo una relación de trabajo debe ser amparada por la normativa laboral, sin que este haz de indicios determine que sea indispensable que se produzca subordinación para que se genere protección; por el contrario, estableciendo una multitud de indicadores para determinar si una relación es protegida o no donde se encuentra entre uno de ellos alguno que podría asimilarse a la subordinación, aunque realmente existen otros que también pueden generar protección y que por lo mismo tienen igual relevancia que el de la subordinación. Se deja de lado, entonces, el sistema estático de elementos y la indispensabilidad de la subordinación como concepto que determine la protección.

Estos indicadores son por una parte, el control y la dirección de la prestación de servicios. Luego, también se considera la integración en la actividad productiva, no en la medida que exista control, sino coordinación de la actividad que ejecuta el trabajador con respecto a las actividades de la empresa que lo contrata, lo que ya denominamos como dependencia funcional, y que en el caso italiano se ha entendido como subordinación. Así mismo, se considera la dependencia económica y una vez más, este concepto no genera una tercera categoría, sino que es de igual relevancia que la subordinación para determinar si cabe la protección del Derecho del Trabajo.

También es un indicador la continuidad en la prestación en la medida que se cumpla una determinada cantidad de horas de servicio prestadas al empleador. Así mismo, se considera como indicador la dependencia material en la medida en que el empleador sea quien provea de los insumos indispensables para la ejecución del servicio. Igualmente, también es un factor para la determinación de la laboralidad, la existencia de la dependencia comercial o en general el hecho de que el trabajador no acceda con su

prestación al mercado directamente y que los preste exclusivamente al empleador.<sup>374</sup>

Por lo tanto, si se configura aunque sea solo uno de estos indicadores, tendrá que asumirse que existe una relación de trabajo que debe ser protegida; por lo tanto, más que indicadores de subordinación son indicadores que presumen la existencia de un desequilibrio que exige la aplicación de una norma protectora. De ahí que se establezca una determinación de la relación de trabajo más allá del concepto de subordinación.

Luego, estos indicadores pueden ser rebatibles por el empleador, y en este sentido es interesante el sistema ya que los indicadores solo fijan un indicio de la necesidad de protección; luego pues, se puede analizar si la relación de trabajo es una de aquellas que en efecto requerirá la protección provista por el Derecho del Trabajo.<sup>375</sup>

El procedimiento es interesante en la medida que permite la protección de una amplia lista de relaciones de trabajo que pueden estar sometidas a desequilibrios que exijan la aplicación de la normativa laboral, que podría por otra parte estar vedada para estas si se limitan los criterios a aquellos de la subordinación clásica, o inclusive a los de la subordinación ampliada.

De esta forma, se pone a la subordinación en su lugar jurídico, de tal manera que no es el fin de la protección del Derecho del Trabajo en sí mismo, sino solamente un indicador para saber si existe un desequilibrio que pueda ameritar protección.

---

<sup>374</sup> "...The South African Department of Labour and the legislature have also been aware of the fact that numerous atypical employees are excluded from the ambit of protection provided by legislation. Such knowledge is what prompted the 2002 amendments to the Labour Relations Act (hereinafter the LRA), which provide that a person will be presumed to be an employee if one of the following conditions are met: • there is control or direction in the manner the person works; • there is control or direction in the person's hours of work; • the person forms part of the organisation; • an average of 40 hours per month has been worked for the last 3 months; • the person is economically dependent on the provider of work; • the person is provided with tools or equipment; • the person only works for one person." VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 160.

<sup>375</sup> "...Once the employee satisfies the presumption's relatively low hurdle of establishing that one of the factors is present, the employer must lead evidence about the nature of the employment relationship to show that the claimant is not an employee. The presumption was a response to a widespread practice of disguised employment in terms of which employees were 'converted' into independent contractors by contractual stipulations to avoid labour legislation. The multi-factoral 'dominant impression' test used by South African courts to distinguish employment from self-employment caused uncertainty in which this practice could flourish." BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 191.



Luego, también es un sistema realista en la medida que no considera que sus presunciones son infalibles y siempre estables, por lo que permite al empleador que las mismas se discutan para poder demostrar en el fondo si se amerita o no protección del Derecho del Trabajo; es decir, que se genera una presunción de amplia protección que puede ser discutida. En general, estamos ante un sistema bastante esquematizado pero que además permite flexibilidad, donde lo que se puede criticar es que por otra parte no existe un mecanismo para generar protección cuando los indicadores que se han considerado fallan en cuanto a determinar si existe un desequilibrio que efectivamente la amerite; claro que, ante un sistema que es mucho más amplio que la subordinación y a la vez adaptable, este es un error plenamente entendible.

Así mismo, no existe un criterio claro de cuál es el indicador clave que se buscará para rebatir las presunciones que establece la norma como haz de indicios. La búsqueda o no de desequilibrios es un elemento, que se asume por esta investigación, que deberá ser analizado, pero el sistema Sudafricano no lo establece claramente. No está claro cómo podrían rebatirse los indicios de la laboralidad.

Por lo tanto, estamos ante un sistema que si bien corrige muchos de los fallos en cuanto a la determinación de la relación de trabajo que será protegida, aún deja lagunas que deberían solucionarse; aunque francamente presenta soluciones que resultan de importancia central como guías para la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador.

#### ***12.4.2. Propuesta contenida en la recomendación de la Organización Internacional de Trabajo no. 198***

Otro de los ejemplos de la técnica de haz de indicios fundamental es la propuesta contenida para determinar la relación protegida dentro de la Recomendación 198 de la Organización Internacional de Trabajo, misma que procedo a analizar.

Así pues lo primero que salta a la luz, es que la Organización Internacional de Trabajo no ha podido ponerse de acuerdo para dictar una norma que sea vinculante y que pueda definir algo tan importante dentro del Derecho del Trabajo, como es qué relación debe

ser considerada como protegida por el mismo.

Esto, a su vez, es más sorprendente si se considera que ya desde los inicios de los años noventa ha existido una clara intención de la Organización Internacional de Trabajo por regular este tema, misma que se manifiesta, por ejemplo, en los trabajos preparatorios para crear una Convención que regule el trabajo de los autónomos, y que por ende delimite claramente su protección con respecto a los subordinados. Sin embargo, tanto este como cualquier otro esfuerzo para establecer una regulación clara y precisa que delimite claramente la división binaria en el Derecho del Trabajo por parte la Organización Internacional del Trabajo por medio de una norma vinculante, han sido infructuosos.<sup>376</sup>

Si bien es cierto que en muchos casos la Organización Internacional del Trabajo tiende a generar su protección desde una postura amplia que garantice los mismos derechos a las personas, en general, que prestan servicios sin especificar ni limitar su protección a los trabajadores subordinados; siempre ha quedado una suerte de laguna en cuanto no puede determinarse en qué exacta extensión se aplican los derechos consagrados por la Organización Internacional de Trabajo, que a propósito ha definido extensamente quien será sujeto de la protección de sus normas, ya que no de otra manera se puede explicar que prolijamente las normas fundamentales emanadas por la Organización Internacional de Trabajo no especifiquen, en la mayoría de casos, a quién se refieren cuando hablan de trabajadores; de tal manera que han evitado dar una precisión sobre el alcance de la normativa de la Organización Internacional de Trabajo, que por esa vía ha sido interpretada variablemente por lo que disponga el ordenamiento laboral de cada país donde se aplique, en cuanto los contenidos son claramente abiertos.

Al efecto, es claro encontrar que la determinación de cuál es la relación de trabajo protegida por el Derecho del Trabajo es un tema de discusión amplio y que no ha llegado a una solución final. Particularmente y en el caso de la Organización Internacional de

---

<sup>376</sup> “The radical proposal which was originally advanced in the mid-1990s was for an ILO Convention which would have provided for the extension of the apparatus of ILO labour standard-setting to a specially devised category of ‘contract workers’. This additional category was devised in an attempt to ensure the inclusion within the scope of national labour standards of workers in triangular work relations.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 23

Trabajo, no se ha llegado a un acuerdo en torno a definir quién tiene que ser protegido por el Derecho del Trabajo –justamente, en todo caso– ya que ni siquiera a nivel de las legislaciones nacionales existe una respuesta muchas veces clara sobre cuáles son las relaciones de trabajo efectivamente protegidas por esta disciplina.

Así mismo, será muy difícil coincidir en una definición de la relación de trabajo que debe ser la protegida, ya que los Estados en muchos casos han encontrado como variable de ajuste para la aplicación de derechos del trabajo, el de la definición de quién tiene que ser protegido. Así pues, aunque muchas veces se reconocen varios derechos laborales, por la vía de una definición estrecha se reducen los costos de los mismos, ya que en la práctica el universo de trabajadores se limita; por lo tanto, dado que la definición de la relación de trabajo ha sido un método de ajuste del alcance de las prestaciones provistas por el Derecho del Trabajo, es evidente entender por qué no existe una clara definición de aquella relación.

De esta forma, si se establece un régimen fijo, que precise universalmente cuáles son las personas que deben estar protegidas por el Derecho del Trabajo, sin duda estaríamos ante un avance y estabilización de la ciencia jurídica laboral ostensible; pero que, en la práctica, no es probable ya que los Estados perderían una de las principales variables de ajuste para controlar el alcance y por ende los costos que genera la aplicación laboral. En este contexto es, pues, entendible que la Organización Internacional de Trabajo solo haya logrado la emisión de una recomendación para regular este tema.

En todo caso, y para analizar cuáles son las corrientes para la redefinición de la relación protegida desde la perspectiva de la creación de un haz de indicios, aun ante la certeza de que se valora una norma no vinculante es menester analizar la forma en que se ha dictado la Recomendación 198 de la Organización Internacional de Trabajo, y correlativamente encontrar cuáles son los mecanismos que ha desarrollado para determinar cuáles son las relaciones de trabajo que deben estar protegidas por el Derecho Laboral; lo que puede ser un insumo fundamental para redefinir la relación de trabajo que debe ser jurídicamente protegida, ya que finalmente la Recomendación supone un

compendio de la mayoría de los indicios utilizados por la doctrina para ello.<sup>377</sup>

Así pues, tan reciente como en el año 2006 se ha dictado esta Recomendación 198 que se denomina como Recomendación sobre la relación de trabajo, que se emite señalando entre su exposición de motivos que:

*“Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación; Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho; Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo; Reconociendo, además, que esta protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario.”*

Es decir, que se reconoce la existencia de situaciones donde es difícil y necesaria la determinación de las personas que son efectivamente vulnerables, por lo que la intención de la Recomendación es establecer mejores bases para la determinación de las personas que tienen que ser protegidas por el Derecho del Trabajo, buscando justamente que se cumpla con el objetivo protector y corrector de equilibrios de esta rama del Derecho. Dentro de este contexto es que se dicta la norma que nos ocupa; es decir como un mecanismo para aclarar la división binaria que existe en cuanto a la aplicación del Derecho del Trabajo.

---

<sup>377</sup> “The Recommendation directly addresses the legal uncertainty that currently exists regarding the distinction between employees and contractors. (...) Strictly speaking, Recommendation No. 198 is not legally binding. It follows that its listing of indicators for the existence of an employment relationship can only be suggestions. The list itself is not exhaustive, and holds no real surprises, but does provide a good summary of typical signals pointing towards employee status.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, págs. 64-65.

Todos estos objetivos de la Recomendación 198 se recogen y sintetizan ya dentro de su contenido regulatorio; así pues, dentro del numeral 4 del apartado I, referido a la Política Nacional de Protección de los Trabajadores vinculados por una relación de trabajo en los literales a) y b), se señala:

*“4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: (a) proporcionar a los interesados en particular a los empleadores y trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados e independientes; (b) lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considere a un empleado como si no lo fuese, de manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;”*

En esta virtud es evidente, del literal a) antes analizado, que la Recomendación reconoce la división binaria clásica del Derecho del trabajo, por lo que a partir de la metodología que utiliza para evitar la simulación o situaciones donde no se proteja a quien realmente se deba; se procederá a determinar de mejor manera los conceptos en virtud de los que se precisa la relación de trabajo que debe ser protegida.

Luego, entre las soluciones precisas que la Recomendación 198 provee para determinar la relación de trabajo que se protege, dentro del numeral 11 se indica:

*“11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: (a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de relación de trabajo (b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y (c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de*

*trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en su sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.”*

La solución general que se propone entonces a partir de la Recomendación 198, si bien reconoce la distinción binaria; propone para determinar quién debe ser protegido, un concepto amplio de los indicios que pueden determinar laboralidad. No se centra pues, en unos u otros indicios; sino que afirma la creación de una multitud de indicadores que no necesariamente se limitan a la subordinación.

Indicadores que se sugiere, además, deberán ser considerados en virtud de lo que las organizaciones de trabajadores y empleadores consideren como aquellos trabajadores que deben ser protegidos. De todas formas, se reconoce la posibilidad de que la división entre protegidos pueda sustentarse en el criterio de subordinación, en la dependencia, o en general en cualquier otro indicador que se considere relevante para determinar si cabe la protección propia del Derecho del Trabajo<sup>378</sup>.

Luego, una vez que se configuren estos indicios existiría la presunción de se produce una relación de trabajo que tiene que ser protegida; es decir, se crea un mecanismo de protección para conocer si existe un desequilibrio que admita protección del Derecho del Trabajo. Mas, es interesante la propuesta en la medida en que la presunción de que estamos ante una situación de protección –ante el cumplimiento de indicios– es solamente una presunción legal; es decir que admite prueba en contra, bien se puede entonces contradecir –incluso ante el cumplimiento de los indicios de laboralidad–, ya que únicamente nos encontramos ante indicadores discutibles de que existe una relación de trabajo.

Lo anteriormente señalado modifica ostensiblemente el sistema imperante tanto porque, aunque mantiene el concepto binario de protegidos y no, por otra parte deja de lado el concepto de subordinación y establece indicios para determinar la tuición; más estos

---

<sup>378</sup> “12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.” R198-RECOMENDACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 2006.

indicios pueden ser discutidos, lo que no sucede con el esquema actual –por ejemplo en el caso ecuatoriano– donde si se configuran los elementos se entiende desequilibrio, como presunción de derecho y se genera protección.

Finalmente estos indicios que la Recomendación considera que deberían ser aquellos que establezcan indicadores de laboralidad y por ende de protección, son los siguientes:

*“13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:*

*(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y*

*(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.”*

Al efecto pues, el primer indicador que se establece es el relacionado con la definición propia de la subordinación, es decir con la ejecución del servicio bajo el control y dirección del empleador. Se le da a la subordinación el estatus de un mero indicador de laboralidad, pero nada más. Temas como el horario, la integración en la empresa, o la continuidad en la empresa y en un lugar determinado –que son indicadores de

laboralidad– en general caen dentro del concepto clásico de lo que conlleva la subordinación.

Otro de los requisitos para conocer si existe relación de trabajo protegida en cuanto a determinar el empleador, tiene relación con observar quién es la persona que se beneficia del servicio; se sale pues, del modelo ordinario que observa quien es la persona que constituye la relación o quien da las órdenes y se aplica un solución de realidad; muy similar a la ecuatoriana, que ciertamente amplía quién puede ser el empleador e impide que se creen simulaciones.

Luego, se incluye el indicador de personalidad, es decir se determina que la relación de trabajo debe ser protegida en la medida en que preste personalmente; más en este caso, también la prestación de servicios personales es solamente un indicio de laboralidad, no es un requisito indispensable como en el régimen clásico.

Otro de los indicios de laboralidad prevista, es lo que se ha denominado dentro de este trabajo como la dependencia material, es decir que dentro de la relación de trabajo exista un sometimiento en la prestación de servicios, que solo puede realizarse por parte del trabajador en la medida que el patrono le provea de los materiales e instrumentos para cumplir con el servicio; lo que incluye sufragar gastos necesarios para la ejecución de encargos, como gastos de viaje por ejemplo. Este tipo de dependencia material, entonces, se pone al nivel de la propia subordinación como un indicador de laboralidad.

Se habla también, como indicador de laboralidad, que el trabajo sea remunerado, siendo este también un requisito clásico para la configuración de la relación de trabajo. En este caso, también el hecho de que exista remuneración es solo un indicio, pero no como sucede en la actualidad, un indicador determinante para encontrar si la relación de trabajo debe o no ser protegida.

A la vez, como otro indicio de laboralidad se sitúa a la dependencia económica; así, un indicador es el hecho de que una persona reciba la mayoría de sus ingresos de una fuente. Es interesante esta postura porque no se considera a la dependencia económica como un indicio menor, sino con igual fuerza –para determinar si existe la necesidad de protección– que si se tratase de la configuración de la subordinación por ejemplo.



Finalmente, otro de los indicadores que se determina como indicio de una relación laboral protegida es que exista dependencia financiera, es decir, que el trabajador no deba financiar su labor, ni tenga relación con los beneficios del trabajo; sino que se encuentre limitado a percibir una remuneración.

Claramente, entonces, la propuesta de la Recomendación 198 es bastante cercana a la teoría de la dependencia en el Ecuador, que no solo considera a la subordinación o el poder de control y dirección de las actividades como el único que puede determinar la existencia de una relación de trabajo protegida. En general y analizado desde varios puntos de vista, se sugieren varios tipos de dependencia que podrían significar la existencia de una relación laboral.

De todas formas, la Recomendación aunque interesante en cuanto a lo dicho es incompleta y deja varias inquietudes. Así por ejemplo, no se llega a precisar qué peso tendrán los indicios para determinar que existe relación laboral y no se sabe cuántos deben cumplirse para que se genere protección. Evidentemente, esto se produce porque la Recomendación no es operativa y solo pretende a grandes trazos decir cuáles deberían ser factores a considerar; aunque de todas formas nada hubiese obstado a que se provea una solución más precisa que determine cómo se sugeriría la aplicación de los indicios.<sup>379</sup>

Luego, tampoco se establece cuáles serán los criterios para determinar qué relación de trabajo debe ser protegida en el fondo; es decir, si se quiere rebatir los indicios para afirmar que aunque no existan sí debe producirse protección o por el contrario, aunque se configuren, en qué casos no debe existir protección. Por lo tanto, no se deja claro, en el fondo, cuál será el criterio central para definir más allá de los indicios cuando habrá protección, ya que si los indicios pueden ser discutidos debe haber un concepto de fondo que sea el que se busque, como podría ser el concepto de desequilibrio, donde para

---

<sup>379</sup> “But other indicators may equally well be the familiar ‘control test’, the ‘integration test’, the ‘exclusivity’ and the ‘personality’ tests, the ‘continuity test’, and the ‘business risk’ test. The periodicity of pay and economic dependency upon remuneration are also considered as possible indicators. The Recommendation does not discuss the relevance of these tests and indicators in the context of situations ‘involving multiple parties’.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en Casale, Giuseppe. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 167.

desvirtuar la falla de los indicios de laboralidad, se debería analizar si existe por ejemplo, desequilibrio o no en una determinada relación.

Es decir, de una u otra forma se define de manera más amplia cuál debería ser la relación de trabajo protegida, aunque muy poco se hace para que esta propuesta sea aplicable en la realidad, por la indeterminación que encuentra en cuanto a precisar cuál es la aplicación que debe darse a los indicios. Es decir, si se requiere de la configuración de un indicio o varios, y luego, fundamentalmente si se quieren rebatir los indicios, cuál es el criterio que debe utilizarse para refutarlos; por lo tanto se muestra uno de los principales problemas que existe en cuanto a la técnica del haz de indicios y esta es pues, la indefinición que muchas veces existe en cuanto a la relevancia de cada indicio y cómo los mismos se desvirtúan al momento de determinar cuál será la relación de trabajo que debe ser jurídicamente protegida.<sup>380</sup>

De todas formas, no deja de ser una propuesta interesante en la medida en que se va estableciendo una serie de consideraciones de aquellas situaciones en que se entiende que debería existir protección laboral; aunque en estricto sentido no se adaptan al contenido de la subordinación, muy similar a lo que sucede con el concepto de dependencia inicial del Ecuador, que contiene otros presupuestos más allá de la subordinación que considera como relevantes de protección.

#### ***12.4.3. Propuesta UNIZO para la determinación de la relación de trabajo protegida***

Otro ejemplo de una solución que genera un haz de indicios para redefinir la protección es la propuesta UNIZO, que resulta interesante de valorar si se la compara con los

---

<sup>380</sup> “La técnica del “haz de indicios”, apta para dar respuestas marginales en los denominados “casos grises” –de incidencia proporcionalmente poco significativa– hubiera hecho evidente su inviabilidad en términos de *eficacia y eficiencia* si la realidad hubiera reclamado su “puesta a prueba”. Lo que estoy sugiriendo es que la técnica indiciaria *es buena si se le usa de modo sólo marginal* (para resolver situaciones que de modo excepcional se apartan del modelo establecido) *o, en otras palabras, que es tanto más efectiva cuanto menos se le utiliza*. La hipótesis se completaría planteando que *lo que hoy sucede es que, en función de las profundas transformaciones en curso, aquel proceso de calificación “simple, evidente y casi intuitivo” va perdiendo su histórica prevalencia; la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más habitual y la técnica del haz de indicios revela –en función de su creciente utilización– su congénita debilidad.*” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 130-132.

sistemas antes evaluados, puesto que donde las propuestas previas establecen inquietudes, la idea UNIZO presenta soluciones específicas. Y no solo eso, a diferencia de lo que suele ocurrir en cuanto los haces de indicios, en el caso de la propuesta UNIZO los haces de indicios establecen cuáles son los elementos para considerar que el trabajador al que se valora se le considera autónomo y por ende extraído del régimen laboral.

Al respecto, la referida propuesta UNIZO fue desarrollada por una organización que representa a pequeños empresarios y autónomos en Bélgica, y tiene como fin principal el permitir determinar quién es un trabajador independiente; contrario sensu, sirve también para especificar quién se considerará asalariado, para lo cual se aplica un test que matemáticamente permite determinar si el trabajador es autónomo. Es decir que parte de una concepción inversa de las propuestas de haces de indicios que ordinariamente lo que buscan es quién es un trabajador dependiente.

Con esta finalidad, se establecen varios criterios que sirven para determinar si una relación de trabajo debe o no ser protegida, lo cuales se recogen dentro de un listado de características de la relación de trabajo. Estos criterios, en general, analizan las formas posibles en que el trabajador puede considerarse autónomo. A continuación procedo a detallar las variables para determinar la independencia de un trabajador<sup>381</sup>, así:

Si el trabajador participa de manera sustancial en las ganancias de la persona a la que se presta este servicio, es decir si no hay sometimiento financiero; claramente se incluye una categoría que va más allá de la subordinación clásica. Este componente tiene una valoración importante de 13 puntos sobre un total de 100.

También, si el trabajador realiza inversiones profesionales para la prestación del servicio, se considerará como un indicio de independencia. Por lo tanto será protegido si

---

<sup>381</sup> “UNIZO Criterion Points: 1. Substantial participation in the profits 13; 2. Significant professional investments 13; 3. Responsibility and authority to decide whether to keep the company profitable by investing in capital equipment 13; 4. Variable income without a minimum guaranteed income 9; 5. Possibility of working for several clients 9; 6. Presenting to a third party as a company 9; 7. Has own infrastructure and equipment 4; 8. Not subject to control/sanctions 4; 9. Freedom to purchase or fix prices 4; 10. Organizes own working time 9; 11. Real possibility of recruiting own staff 9; 12. Possibility of being engaged as self-employed person 4.; TOTAL 100.” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 50.

por otra parte mantiene una dependencia técnica, es decir si no realiza inversiones en su desarrollo profesional. Se entiende, entonces, al trabajador en una situación digna de protección en la medida en que dependa profesionalmente del empleador; una vez más, se establece un concepto que va más allá de la tradicional subordinación. Esta valoración de independencia técnica confiere 13 puntos sobre 100, para determinar si un trabajador es autónomo.

Por otra parte, se considera si el trabajador decide sobre los costos de la operación, es decir que participa en los riesgos de la compañía –lo que significa no tiene sometimiento financiero– sino que asume directamente los costos de operación. En esta situación se valora otra faceta de la dependencia financiera a la que se le considera fundamental; por tanto, si la misma no se configura se confiere un total de 13 puntos sobre 100 para efectos de determinar si una persona es independiente.

Igualmente, se considera que si el trabajador tiene un ingreso variable –lo que supone que también participa de los beneficios financieros– se asume independiente puesto que si fuese asalariado no tendría beneficio dentro de esta parcela, si esto se cumple se generan 9 puntos sobre 100. Es evidente que en este haz de indicios tiene una relevancia mayor el criterio, que para efectos teóricos, se ha considerado en este trabajo como dependencia financiera.

En caso de que el trabajador a su vez tenga independencia en cuanto al acceso al mercado es decir independencia comercial, se entenderá que es autónomo en la medida que tenga varios clientes; por el contrario si no accede al mercado y solamente presta sus servicios, es decir si genera un tipo de dependencia comercial con respecto al empleador, tendrá que considerarse que es asalariado. Este indicador confiere 9 puntos sobre 100.

Por otra parte si el trabajador no recibe direcciones, sino que es él quien dirige y representa a la compañía, se entiende que es independiente administrativamente o no subordinado, y por ese se le confiere 9 puntos sobre 100 para determinar su autonomía. Hay que recalcar, que recién en este punto aparece como un indicio de laboralidad un criterio cercano a la subordinación que dentro de estos sistemas de indicios, como puede verse, no es el central.

Un criterio también importante para determinar el grado de independencia es si el

trabajador tiene su propia infraestructura y en general si tiene equipos para el desempeño de su trabajo. Bajo esta perspectiva, si el trabajador depende para la prestación de sus servicios de la infraestructura o materiales del empleador entonces estaremos ante un asalariado, de lo contrario tendrá que entenderse que es independiente y se aplicará la suma de 4 puntos sobre el total de 100. En consecuencia este sistema también considera el concepto previsto por la teoría de la dependencia –de dependencia material–; aunque no con la relevancia que confiere a otros conceptos.

De igual forma, si no tiene sanciones, es decir si el trabajador posee independencia disciplinaria, de tal manera que puede desempeñar sus actividades libremente sin someterse a constricciones del empleador en este campo también se considera autónomo. Este indicador recibe un total de 4 puntos sobre 100. Ordinariamente se ha considerado a la dirección y control como parte de subordinación, por lo que este indicio claramente puede enmarcarse en aquello que clásicamente se ha considerado como subordinación.

A su vez, si el trabajador, puede imponer precios de los servicios o efectuar compras libremente a nombre de la compañía, evidentemente tampoco se encuentra sometido a una dependencia administrativa o subordinación, por lo que pasa a considerarse en este punto autónomo y se le aplica 4 de 100 puntos.

De igual forma, si el trabajador organiza su propio tiempo, también tendrá que considerarse que no está sometido a dirección y por lo mismo se considera independiente; en razón de lo cual se le confiere 9 puntos sobre 100 para el indicador que determina la independencia.

Así mismo, si el trabajador es capaz de contratar personal para que ejecute las prestaciones que debe cumplir, se entiende que es un trabajador independiente. Aquí pues, se incluye el elemento de personalidad para determinar si hay o no protección, de tal forma que si existe prestación solamente personal se entiende que es trabajador asalariado; y de lo contrario, si establece una organización o incluso la sola posibilidad de contratación tendrá que entenderse que no es asalariado. Este criterio también ha sido considerado de relevancia, y confiere un total de 9 sobre 100 puntos para determinar la autonomía.

Finalmente, se observa si existe la posibilidad de que el trabajador pueda ser libremente

contratado como autónomo, si así se produce entonces tendrá que entenderse que es independiente comercialmente, pudiendo prestar sus servicios a quien considere y por ende, autónomo. Vuelve a considerarse como criterio de delimitación la dependencia comercial, ya que se confiere un punto de independencia en la medida en que el trabajador pueda presentarse en el mercado como autónomo y ser contratado; en este caso se confiere para determinar la autonomía, la cantidad 4 puntos sobre un total de 100.

Lo interesante, entonces, de esta propuesta es que le confiere un peso específico a cada indicio, y luego si sumado ese puntaje se supera de 60 puntos, se considera al trabajador como autónomo y por ende fuera de la protección propia del Derecho del Trabajo. Por otra parte, si el total es menos de 40 es un no autónomo, ergo se entenderá asalariado, lo que determina que se genera protección. Luego, el margen de decisión queda entre 40 y 60, donde se deberá determinar a qué situación se acerca más la relación de trabajo que es estudiada.

Dentro de este mecanismo, hay que considerar que si bien se reconoce la división binaria, lo que se busca es la existencia de autonomía, para lo cual se analizan diversas formas en que un trabajador puede ser autónomo, no solo se limita a la consideración de dirección de las actividades del trabajador o no, con lo que se establece un completo mecanismo para la fijación de autonomía que justamente se valora ya que supone una organización mucho más detallada que otras disposiciones, como por ejemplo aquel alemán que determina la autonomía o no de una relación por la capacidad de autoorganizar el trabajo.<sup>382</sup> De ahí, la relevancia de este sistema UNIZO, que esquematiza de una manera muy completa la determinación de quién deberá ser autónomo por la vía de generar indicios con una valoración tasada de la autonomía.

Evidentemente es un concepto que amplía, por vía de una valoración contrario sensu, el concepto delimitador de la relación de trabajo protegida más allá de la subordinación, para analizar otros aspectos; muy similar a lo que sucede con el concepto inicial de

---

<sup>382</sup> "...For example, the German Commercial Code provides that a person who is essentially free to organize his own work and thus to determine his working time is presumed to be self-employed." BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 45.

dependencia en el ordenamiento ecuatoriano que no sólo se limita –para determinar la existencia o no de subordinación– en percatarse si existía dirección de las actividades del trabajador, sino en otros elementos que también pueden generar desequilibrio.

Sin duda es un intento interesante, ya que se pretende dar una suerte de razonabilidad y estabilidad al sistema de haz de indicios para la determinación de la relación de trabajo que jurídicamente debería ser protegida.

Además, el mecanismo es relevante porque considera un punto de discrecionalidad que estará en cuanto se cumpla entre 40 y 60 puntos, caso en el cual debe decidirse si la relación de trabajo se asimila más a una de autonomía o a una de subordinación.

El problema con este sistema, en cualquier caso, es que parte de un yerro principal de la teoría del Derecho del Trabajo, que es asumir como una presunción de Derecho que si existe autonomía no deberá haber protección y si existe subordinación esta sí deberá existir ya que se presupone que la autonomía es ausencia de desequilibrio y la subordinación, su presencia.

No se valora directamente lo que debe ser el fondo del Derecho del Trabajo, esto es si en efecto existe o no desequilibrio, como un criterio que no siempre estará aparejado al criterio de subordinación y autonomía. Este dilema en todo caso, será solucionado en el título final de este trabajo.

Aunque es una definición bastante precisa, uno de los problemas que tendría que enfrentar es que la categorización más o menos rígida que establece para determinar quién estará dentro de la protección, fácilmente podría caer en obsolescencia en la medida que aparezcan nuevas relaciones de trabajo, que aunque presenten situaciones de desequilibrio, no se encuadren dentro de las situaciones previstas por la clasificación.<sup>383</sup>

---

<sup>383</sup> “One response has been to develop definitions which give greater guidance to the courts, employers and employees. There has been a tendency to move from more abstract definitions to ones which specify whether or not the legislation applies to specific categories of employees. However, this approach may run the risk of regulatory obsolescence in fast-moving labour markets. A related approach has been the development of codes of practice (through tripartite policy forums) identifying factors that should be taken into account in determining who is an employee.” BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for*

En suma, puede decirse que estamos ante una modernización del concepto delimitado de la división binaria del Derecho del Trabajo, en la medida de que contempla nuevas situaciones que pueden dar paso a la protección o no de la relación; pero por otra parte, mantiene el problema de establecer un sistema bastante rígido que no admite mayor prueba en contra una vez que se verifican sus condiciones tanto para la protección, como para la no protección, mismo que además mantiene aún la división binaria, provocando que pueda existir un efecto de huida en la medida en que la autonomía quede desprotegida y las relaciones asalariadas presenten una alta regulación.

De todas formas, sin duda, es un mecanismo importante a considerar al momento de redefinir la relación de trabajo que deberá ser objeto de protección dentro del Derecho del Trabajo en el Ecuador, por los elementos de certidumbre y organización que aporta el mecanismo de haz de indicios.

## **12.5. TESTS JUDICIALES PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN PROTEGIDA**

Otro de los mecanismos para la determinación de la relación protegida ha sido el de crear nuevas formas para determinar la protección por la vía judicial, sin que necesariamente se expanda o modifique el contenido normativo, ordinariamente por la vía de la interpretación<sup>384</sup> de los conceptos que determinan la protección dentro de la normativa que precisa quiénes serán protegidos por el Derecho del Trabajo.

---

*expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 150.

<sup>384</sup> “Las decisiones jurisprudenciales han contribuido de manera decisiva a la ampliación del concepto de contrato de trabajo dependiente en formas suaves y matizadas de la relación de dependencia y ajenidad. Esas decisiones plantean, trascendentemente, modificaciones en la conceptualización esencialista de los efectos característicos de las condiciones de trabajo propias de los contratos de trabajo clásicos. En efecto, ni el régimen de jornada de trabajo, alejado del ritmo de las cadenas de producción, ni el régimen de fijación retributiva, con exigencias de participación amplia o impulsado por métodos de motivación de objetivos empresarias y de competitividad, pueden estar sujetos a los estrictos límites que imponía la primera revolución industrial y el trabajo en cadena mecanizado y uniforme el Ford T que siempre se *diversifica*, sólo, en la puntura negra de su carrocería.” JÁUREGUI, RAMÓN; MOLTÓ, JUAN IGNACIO; GONZÁLEZ DE LENA, FRANCISCO, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 189-195.



Bajo este sistema, se han creado una multitud de pruebas de desarrollo judicial para analizar si un trabajador puede o no estar protegido por el Derecho del Trabajo, toda vez que se reconoce la insuficiencia de los conceptos clásicos para determinar con precisión todas las situaciones en que debe existir protección; para lo cual, a su vez, se basa en el principio de primacía de la realidad en virtud del cual consideran que deben analizar a fondo la realidad de la relación de trabajo para determinar si cabe o no la protección más allá del estricto contenido normativo.<sup>385</sup> Se sobrepasa, entonces, el concepto de subordinación o los elementos clásicos para la determinación de la relación de trabajo, abiertamente obviándolos en su contenido clásico.

En este contexto, y dado que la subordinación ha sido el concepto que ordinariamente define cuáles son las relaciones de trabajo que deben ser protegidas, mayoritariamente los tests judiciales que se aplican para determinar qué relación de trabajo debe ser protegida parten de la interpretación de aquello que se considerará como subordinación, o en general buscan si en una relación de trabajo existen actividades de control y dirección de los servicios prestados<sup>386</sup>, que puedan determinar la necesidad de protección. No son pues, estos los criterios que se abordarán en este apartado que ya han merecido un análisis previo en lo relacionado a la ampliación del contenido de la subordinación, que ordinariamente se realiza por la vía de la interpretación judicial, aunque no se limita a esta.

---

<sup>385</sup> “Como ya se aclaró, en Derecho laboral, lo formal da paso a lo sustancial; es decir, lo fáctico prevalece sobre las formas, de manera que el análisis de cada caso se centra en el comportamiento de las partes en el desarrollo del trabajo contratado. Así las cosas, la existencia de un horario de trabajo, el poder disciplinario, la imposición de instrucciones en la realización de las labores, la propiedad de los medios de producción, la retribución mensual (o periódica), la inserción en la organización empresarial, etc., son los “indicios-guía” a partir de los cuales, en cada caso, se infiere o se descarta la existencia de la subordinación. La ponderación de los “indicios-guía”, en cada caso, debe llevarse a cabo bajo la premisa de que no es necesario que se reúnan todos en una misma situación particular para inferir la presencia de subordinación. Algunos indicios son más importantes que otros en la valoración, de modo que corresponde al operador jurídico, en cada caso, valorar conforme a los elementos particulares la existencia o no de la figura en estudio, en atención a la cantidad y calidad de los indicios que sirven de referencia para hacer el estudio” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 47.

<sup>386</sup> “...German jurisprudence, for example, has adopted a very flexible concept linked with the idea of a right aimed at making possible the “functional and a useful participation of the worker at the production process.” By using a very broad notion of directional power, German judges have extended the field of application of labour law so that it encompasses many workers falling in this gray area.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 141.

En este punto, entonces, procederé a analizar aquellos criterios judiciales que definen el razonamiento delimitador de la división binaria sin estar atadas al concepto de subordinación. Es decir aquellos tests que se han creado a nivel judicial, para encontrar otros indicadores que, sin entenderse como subordinación, se consideran suficientes para generar protección dentro del Derecho del Trabajo.

Dentro de este análisis, el caso principal que se estudiará es el del Reino Unido, mismo que ha desarrollado una amplísima cantidad de criterios para determinar cuál es la relación de trabajo que tiene que ser protegida por la vía de la interpretación judicial, que en muchos casos excede las típicas consideraciones de la subordinación.

Así la jurisprudencia diseña una variedad de casos en que se entiende que existe un desequilibrio en la prestación de servicio, desde una perspectiva mucho más amplia que contempla una variedad de situaciones en que se aplica la protección provista por el Derecho del Trabajo, más allá del estricto tenor literal de la norma.

Esto se produce justamente cuando existen normas que definen la relación protegida desde una perspectiva muy imprecisa, lo cual si bien bajo una primera valoración supone un reto importante jurídicamente –ya que no se puede saber con certeza cuál será la relación jurídicamente protegida–, paradójicamente este suele ser el mejor caldo de cultivo para un desarrollo jurisprudencial amplio de aquellas relaciones que serán protegidas por el Derecho del Trabajo, dado que varios razonamientos pueden caer dentro del supuesto de protección que normativamente fue utilizado de manera difusa; de tal manera, que la norma no es un límite tan férreo para la interpretación judicial. Claro está, todo esto nace de una gran imprecisión normativa, lo cual no necesariamente debería producirse.

Así, por ejemplo en el caso del Reino Unido, en el que se define la relación de trabajo protegida desde una perspectiva bastante amplia<sup>387</sup> –puede verse al efecto la normativa principal sobre relaciones de trabajo, la denominada Employment rights act de 1996<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 51.

<sup>388</sup> “(1)In this Act “employee” means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment. (2)In this Act “contract of

que en su sección 230 define al contrato de trabajo como cualquier contrato para la prestación de servicios, al trabajador como la persona que presta simplemente servicios dentro de un contrato de trabajo y al empleador como quien los recibe— para suplir esta clara indefinición, el desarrollo jurisprudencial por el que se determinan los casos de protección es muy extenso; de ahí que este es el modelo que fundamentalmente valoraré dentro de este acápite con el afán de encontrar cuáles son los principales criterios de ampliación jurisprudencial para la delimitación de la relación protegida por el Derecho del Trabajo, los cuales se han delineado dentro de un sistema que ha tenido un importante desarrollo en este aspecto.

En lo relacionado, el primer y fundamental indicador que se ha determinado para precisar cuáles son las relaciones que deben ser protegidas es la denominada prueba de control. En virtud de esta, en el Reino Unido se ha creado una prueba que observa si dentro de la relación, fundamentalmente, el trabajador se encuentra sometido al control y dirección de la compañía, si así sucede, pues, habrá protección laboral y de lo contrario no se producirá.<sup>389</sup> Este es, claramente, el indicador más añejo y utilizado en el Reino Unido, su descripción data del año 1880.<sup>390</sup>

Vemos entonces que, aunque no existe el criterio de subordinación para determinar si

---

employment” means a contract of service or apprenticeship, whether express or implied, and (if it is express) whether oral or in writing. (3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)— (a) a contract of employment, or (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual; and any reference to a worker’s contract shall be construed accordingly. (4) In this Act “employer”, in relation to an employee or a worker, means the person by whom the employee or worker is (or, where the employment has ceased, was) employed. (5) In this Act “employment”—(a) in relation to an employee, means (except for the purposes of section 171) employment under a contract of employment, and (b) in relation to a worker, means employment under his contract; and “employed” shall be construed accordingly. EMPLOYMENT RIGHTS ACT, 1996.

<sup>389</sup> “In the *Ready Mixed Concrete* case, the court held that a person was an employee if the employer controlled his or her work. It was said that: ‘control includes the power of deciding the thing to be done, the means to be employed in doing it, the time when and the place where it shall be done’. In practice, however, many people who are usually thought of as employees have a substantial degree of discretion over these issues. For example, a doctor might be an employee of a hospital, but managers would not be able to tell the doctor how to treat the patients.” *Nethermere v. Taverna* [1984] ICR 612. 32 *Ready Mixed Concrete v. Minister of Pensions*, en: DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 87.

<sup>390</sup> *Yeaves vs. Noakes* (1880) 6QBD 530.

una relación de trabajo debe o no ser protegida, en el Reino Unido, la prueba de control, ha creado como un indicador para determinar la protección uno sumamente similar al de la subordinación, mismo que se denomina prueba de control. Cabe notar en todo caso que este no es el único indicador considerado dentro de la jurisprudencia para determinar que una relación de trabajo puede ser protegida y en esto difiere del sistema general que ordinariamente ha considerado que la subordinación es requisito indispensable para generar protección.

En esta virtud, y tal como se ha dicho, se han generado otros indicadores para determinar cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida por el Derecho Laboral. Así, otra de las pruebas desarrolladas para determinar si se produce relación de trabajo protegida o no es la prueba de realidad económica. En virtud de esta, se observa si en efecto el trabajador depende de los ingresos económicos que el trabajo le produce para sobrevivir, lo que evidentemente genera desequilibrio. Dentro de este caso, claramente estamos ante una figura muy similar a la dependencia económica; más en esta ocasión si se produce se tendrá que entender que se genera protección de igual forma que si se produce un desequilibrio a partir de la prueba de control, no se considera, como en el caso alemán por ejemplo, que la simple dependencia económica deberá generar un protección inferior.

Hay que notar que este mecanismo de definición de la relación de trabajo protegida ha alcanzado importante relevancia en países del *Common Law* como los Estados Unidos<sup>391</sup>, el cual es significativo ya que supone un nexo entre el Derecho continental y el *Common Law*, en la medida en que ambos reconocen la necesidad de valorar la relación de trabajo para encontrar su verdadera esencia; en este caso, desde la perspectiva de la realidad económica que se incorpora claramente como un mecanismo de definición

---

“Under the Fair Labour Standards Act, the courts use a broader ‘economic realities’ test that looks at numerous factors to determine whether the individual is in fact dependent upon the employer. For other purposes, some courts developed a hybrid of the two tests that uses a multi- factored economic realities test but gives particular weight to the employer’s right to control the employee’s work. However, in 1992, the Supreme Court in *National Mutual Insurance v. Darden* rejected the hybrid test and insisted that for ERISA, and by implication for all the employment statutes other than the Fair Labour Standards Act, the common law agency test should be applied.” STONE, KATHERINE. *Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 147.

de la relación de trabajo protegida. Estamos pues, evidentemente ante un sistema que establece varios mecanismos y situaciones igual de importantes para definir cuál es la relación de trabajo que deberá ser protegida<sup>392</sup>.

De igual forma, como otro de los criterios que se han fijado para determinar si una relación de trabajo debe ser protegida, encontramos la prueba de integración, misma que difiere de la prueba de dependencia administrativa o subordinación en la medida que no se analiza si existe o no control de las actividades del trabajador; sino que lo que se busca es una suerte de dependencia funcional, que permita observar si las actividades del trabajador se encuentran integradas en el funcionamiento de la compañía que lo contrata<sup>393</sup>. Claramente, entonces, se crea un criterio adicional importante para determinar la relación de trabajo que será protegida.

Otra de las pruebas fundamentales para determinar si existe relación protegida o no, es la prueba de mutualidad de obligaciones, en virtud de la cual se analiza –para determinar protección– si entre las partes existe bilateralidad en sus obligaciones<sup>394</sup>. Al respecto, en este punto el régimen jurídico del Reino Unido es bastante estricto en cuanto a considerar que la relación de trabajo protegida solo puede ser una relación contractual, por lo tanto esta prueba lo que busca es asegurar la existencia de esa relación contractual. No se ve tanto la configuración de un desequilibrio que amerite protección; sino que lo que se observa es que la relación de trabajo se adapte al criterio normativo para su protección. Es decir a la existencia de un contrato.

Esta es la prueba de que cuando la norma fija un requisito, muchas veces se cae en la obsesión de buscar su cumplimiento, aunque no necesariamente ese elemento determine

---

<sup>392</sup> “The ‘economic reality test’ seems to be an inclusionary modification, to the effect that a personal work relationship is to be regarded as giving rise to a contract of employment if there is an ‘economic reality’ of dependence by the working person for security of employment and income upon the work-purchaser, even if there is an appearance of absence either of control over the working person on the part of the work-purchaser or of integration into the organization of the work-purchaser.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 108.

<sup>393</sup> “...Integration test. Subordinate employment is determined no so much by the power of command of the employer as by the fact that the worker is subject to rules and procedures of the organization” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 157.

<sup>394</sup> Mutuality of obligations test. O’kelly vs. Trusthouse Forte plc (1983) ICR 736.

que se ha configurado un desequilibrio que efectivamente determine protección; por el contrario, la prueba de bilateralidad lo que demuestra es un poder de negociación equitativo que debería llevar a concluir que no exista la necesidad de protección. Pero eso no sucede dentro del Derecho del Trabajo en el Reino Unido, donde se busca que exista el contrato, ya que se entiende que este es un elemento que genera protección; de tal manera que se presupone que su existencia hará que haya un contrato de trabajo que deba ser protegido, aunque en el fondo el cumplimiento de este elemento no determina que exista un desequilibrio que justifique la protección de un régimen tuitivo.

Así pues, muchas veces se aplica la norma para determinar si existe protección, buscando si se configuran estrictamente los elementos que se prevén para que esta se genere, olvidando cuál es el objetivo de la misma –mismo a veces queda incumplido–, como sucede cuando no se protege una relación de trabajo en desequilibrio porque no se cumple el reducido concepto de subordinación o porque no se configura la existencia de un contrato en estricto sentido; cuando en realidad, no cambia en nada que exista o no un contrato, cuando lo que pretende el Derecho del Trabajo es la corrección del desequilibrio que pueda existir en una relación.

Finalmente, y en correlación con lo que sucede en Alemania e Italia, uno de los criterios más modernos para determinar qué relación de trabajo deber ser protegida es la denominado prueba de riesgo, en virtud de la cual se considera que si el trabajador no goza de los beneficios financieros de su trabajo y no asume tampoco los riesgos del mismo, se entenderá que debe ser protegido por el Derecho de Trabajo. De lo contrario, si el trabajador asume los beneficios y riesgos que genera la prestación de sus servicios, estaremos ante un trabajador independiente que no requiere de protección<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> “The most modern test is the ‘risk’ test, set out in the case of *Market Investigations v. Minister of Social Security*. The court held that the question to ask was: who took the risk of profit and loss? If the employer bore the risk, the claimant would count as an employee. But if the claimant bore the risk, he or she would not count as an employee. This fits with the popular perception of the employer as the risk-taking entrepreneur and the employee as someone who simply works for a reliable wage. However, even this test may not work in all circumstances. Through employee share ownership or performance-related pay schemes, employers are increasingly encouraging employees to take a share of the risks associated with the business. These schemes may blur the apparently clear boundary between employer as risk-taker, and employee.” *Market Investigations v. Minister of Social Security* [1969] 2 QB 173, en: DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 88.

Así pues, este es el último criterio para definir la protección que sale evidentemente de la subordinación y que recién se incorpora como variable para determinar la relación protegida. En otros ordenamientos como el español, ya se ha entendido este indicio de laboralidad a partir de su inclusión en la consideración de ajenidad; igualmente en el Ecuador sería reconocido como un tipo de dependencia –lo que ahora se incluye como un nuevo factor de determinación en estos ordenamientos, concepto que ya se tocó en este trabajo–; mientras que ahora se evidencia como la jurisprudencia a partir del sistema de aplicación de test de laboralidad, lo creado en otras realidades nacionales.

Como conclusión, y del análisis que se ha efectuado puede considerarse que la prueba de control –que en un inicio ha sido la primordial para determinar si una relación de trabajo será la protegida– ha pasado a tener cada vez menos relevancia, ya que se han generado una serie de indicadores –con igual relevancia– que determinan cuándo una relación de trabajo debe ser protegida o no. Lo importante de estas pruebas para determinar la relación de trabajo protegida es que demuestran que el criterio de subordinación cada vez es menos importante a la hora de determinar la relación de trabajo jurídicamente protegida.<sup>396</sup> Más aún, lo que se considera en virtud de estos tests que se crean por la vía jurisprudencial, es que la determinación de la relación de trabajo protegida, cada vez se encamina más a buscar la existencia de desequilibrio o no como mecanismo para determinar si cabe la protección propia del Derecho del Trabajo. Sin duda, estamos ante criterios de ampliación del concepto delimitador de las relaciones de trabajo protegidas que resultan muy significativos al momento de establecer las bases para un nuevo mecanismo de determinación estas, ya que la protección se determina más allá de la sola aplicación de los supuestos previstos en la norma.

De todas formas, sí cabe considerar –en cuanto a los defectos de esta posición– que estamos ante un sistema que crea casi indefinidamente una multitud de casos donde

---

<sup>396</sup> “The most important and overarching effect of these changes taking place in human resource management strategies and the production systems with regard to all forms of the employment relationship, typical and atypical, was to render the descriptive and prescriptive function of traditional tests of subordinate employment less and less meaningful. The effectiveness of the ‘control test’, for instance, has been at best diluted and at worst destroyed.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en Casale, Giuseppe. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 46

existirá protección, sin que realmente exista una suerte de sistematización<sup>397</sup>. Las Cortes tienden a crear amplísima casuística para determinar o no la protección, que muchas veces no otorga seguridad jurídica ya que resulta complejo conocer los casos en que efectivamente se aplicará el Derecho del Trabajo<sup>398</sup>.

De igual forma, ya que cada test que se elabora por las Cortes para determinar si existe o no protección, también se aplica a la inversa –esto es para determinar si una persona no deberá ser protegida por el Derecho del Trabajo–, también existe una ampliación casi ilimitada de los casos en que una persona podría no estar protegida, en el caso que en una relación no se cumpla alguno de los tests previstos por las Cortes. De forma tal que las posibilidades de excluirse del cumplimiento del régimen laboral también son bastante amplias, ya que de ordinario basta con que no se cumpla una de las pruebas, para determinar que una relación de trabajo no se forma y por ende, se pretenda alegar que no es una relación sometida al Derecho del Trabajo.<sup>399</sup>

De tal forma que en la realidad, la aplicación de indicadores o tests para determinar qué relación debe ser protegida casi nunca genera un resultado estable; sino que

---

<sup>397</sup> “The vagueness of such an approach obviously renders the law uncertain. However, it has the advantage of being sufficiently malleable to deal with the plethora of atypical employees that the changed world of work has produced. The results therefore will be dependent on the sensitivities and intuitiveness of the judge.” VETTORI, STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 13

<sup>398</sup> “These uncertainties all combine to produce a situation in which courts and tribunals have to adjudicate upon the application of the binary divide armed with no more than indications or pointers, rather than firm rules or clear doctrine, as to how to do so.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 108.

<sup>399</sup> “The common law developed a distinction between those under a contract for services (self-employed workers) and those under a contract of service (employee), which does not correspond exactly to the civil law distinction between *locatio conductio operis* and *locatio conductio operarum*. The English common law category of ‘employee’ is frequently narrower than the range of persons under a contract of employment in a civil law system. Scots law, despite its civil law roots, has broadly speaking adopted the English approach. Statute law, since the 19<sup>th</sup> century, has usually been limited in coverage to those under contracts of service, but the tests for determining whether the contract is one of service has been left to the common law. By 1951, Kahn-Freund could say that the common law had ‘fallen into a maze of casuistry’. This tendency has become even more pronounced in the past 50 years. The changes in the labour law force, from the pattern of full-time employment in the core of the labour market, towards part-time, temporary and homework (including the expanding ‘cottage’ technological industry), and the expansion of self-employment, have highlighted the uncertain inconsistent and inadequate coverage of the common law concepts. There are many workers who in reality fall within the category of dependent labour, such as those ‘lump’ in the building industry, who are not always regarded as working under contracts of service. There is ample scope for the avoidance of labour legislation.” HARDY, STEPHEN. *Labour Law in Great Britain*, 4<sup>a</sup> edición. Alphen aan den Rijn (Holanda): Wolters Kluwer, 2011, págs. 87-88.



mayoritariamente depende de cada Corte, que en unos casos aplica unos tests para determinar si existe relación laboral, y en otros casos otros<sup>400</sup> para negar la protección, lo que resta certeza al sistema.

Así pues, la aplicación de tests para encontrar las relaciones de trabajo que deben ser protegidas dependen de cada Corte, habiéndose generado un sistema de facto que aplica una multitud de pruebas para determinar la protección; aunque no siempre de una manera estable y sin que se apliquen los mismos tests, en unos casos algunos tests para la determinación son fundamentales y en otros casos ni siquiera se consideran

Por ejemplo en el caso *Stevens Vs. Brodribb Sawmillinf*, se aplica fundamentalmente la prueba de control y cuando más la de integración, aun cuando no se aplican otras consideraciones; mientras que en casos como *Performing Right Society Vs. Mitchell and Booker*, se aplica una mucho más amplia variedad de pruebas para determinar quién debe ser protegido.<sup>401</sup>

De esta forma, tiene sentido que se busque establecer unas reglas claras para las relaciones en general –por ejemplo qué indicios son más relevantes, cuáles se aplican para determinar protección y cuáles para excluir y qué valoraciones deben efectuarse para precisar cuál es la relación de trabajo– y luego, solo para el caso en que las reglas generales no se apliquen, debería intervenir la vía judicial de interpretación, porque de lo contrario se genera un sistema de total incertidumbre<sup>402</sup>, que además al no estar organizado, lejos de propender a una sistematización de los conceptos tiende a una diversificación casi absoluta de las relaciones de trabajo que se considerarán protegidas;

---

<sup>400</sup> “While it is correct to discuss and analyse test such as the “control test”, the “integration test” or the “mutually of obligations test” in isolation, and while at times some test can be more influential than others in determining the employment status of a worker, in practice courts will use multiplicity of test” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en Casale, Giuseppe. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 50.

<sup>401</sup> VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, págs. 52-55.

<sup>402</sup> “This technique, which is apt for providing marginal answers in the so- called ‘grey cases’ (those with a significant low impact in proportion) would have brought to light its evident unfeasibility in terms of effectiveness and efficiency if reality had claimed for its systematic ‘try out’. What I am suggesting is that the indicia test is a good one only if it is used in a marginal way (to solve situations which exceptionally drift away from the strict model) or that, in other words, the fewer times it is applied, the much more effective it is.” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, pág. 113.

sin que se generen reglas claras de aplicación, sino que se tiende a establecer un sistema todavía más atomizado, con una multitud de conceptos mayoritariamente distintos y desvinculados entre sí.<sup>403</sup>

De ahí que es un sistema que, si bien es importante en la medida que establece nuevos criterios para determinar la protección más allá de la subordinación, encuentra un límite en la poca organización del mismo, que hace que en muchos casos resulte poco certero a la hora de determinar cuál es la relación de trabajo que debe protegerse, usando en muchas ocasiones los tests propuestos no tanto como un mecanismo para ampliar la protección del Derecho del Trabajo, sino como un mecanismo para, mediante la utilización de un solo test, pretender que una relación de trabajo en abierto desequilibrio, quede finalmente desprotegida.

## 12.6. CONTRATO DE TRABAJO ÚNICO

Otros de los mecanismos que determina la relación de trabajo protegida pero que confirma casi totalmente la división binaria, ha sido la propuesta de la formulación de un contrato de trabajo único. Por lo tanto, se pretende regular la variedad de relaciones de trabajo bajo un sistema único, que fundamentalmente tiene la intención de incluir dentro de una sola figura contractual a los denominados trabajadores atípicos; es decir, aquellos que pudiendo someterse al régimen ordinario de protección no se encuentran en el mismo ya que la normativa ha considerado que para promover la contratación requiere que existan algunos trabajadores con menores derechos.<sup>404</sup>

---

<sup>403</sup> "...There is no definition which enables us to say that one contract for the performance of work is employment while another is not. However, as already noted, the inadequacy of current tests and definitions says nothing about the ability to develop better ones." DAVIDOV, GUY; Langille Brian. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 144.

<sup>404</sup> "...One such example of retrogressive legal intervention may be provided by some reform proposals aimed, ostensibly, at reunifying various forms of atypical work contracts through the introduction of a new, unifying, 'normative characterization', variably referred to as 'contrat unique', 'contratto unico', or 'contrato único'. These suggested reforms have the objective of replacing both 'atypical' and 'standard' contracts, and their distinctive regulations, with a new and unifying contractual structure which, while in principle of an indefinite duration, would derogate from standard employment protection legislation and provide for a progressive accrual of rights according to seniority and continuity in employment." FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 363.

Esta figura del contrato único tiene dos fines fundamentales, por un lado derogar el caos que supone la formulación de innumerables relaciones laborales, que en muchos casos crean una normativa disímil que resulta en una maraña jurídica sin ninguna sistematización; y por otro lado, el fin que supone el estandarizar un régimen jurídico para las relaciones protegidas, de tal manera, que no existan regímenes jurídicos de menor protección, aunque no cumplan con los elementos para que estas relaciones sean consideradas como que deben ser protegidas.

También se suele alegar como segundo objetivo de este sistema el de proveer un procedimiento menos rígido para la terminación del contrato<sup>405</sup>, lo que no observo que sea del todo cierto ya que mirado desde la perspectiva de los trabajadores atípicos es un sistema más rígido y solo desde la perspectiva de los trabajadores asalariados con total protección supone un sistema más flexible; por lo tanto este es un fin que, dependiendo la perspectiva en que se lo mire, produce efectos diferentes. Además no siempre que se propone la existencia de un contrato único se afirma que debe ser un sistema de menores derechos.

Por lo tanto, lo que sí es un hecho objetivo, es que permite desvanecer la arbitrariedad que supone el poner a trabajadores que cumplen con los requisitos para la protección establecida por el Estado inicialmente en un régimen de menores derechos.

Si en general se supone que la existencia de los elementos del contrato de trabajo que configuran la protección, significa que aquellos eran los que la ciencia jurídica ha considerado que son los que deben generar protección; no resiste ningún análisis el que existan relaciones que aunque cumplan con esos elementos no sean protegidas. En ese caso o los elementos se encuentran mal definidos, –por lo que tendrían que cambiar– o en su defecto la regulación en general no es la adecuada; por lo que, aunque se apliquen los elementos, tendría que modificarse la regulación en general, mas no se puede establecer una clasificación de una relación de trabajo en virtud de unos elementos para

---

<sup>405</sup> “The idea of a single employment contract was proposed some 10 years ago by a few French economists, who suggested the creation of a ‘système unique de protection de l’emploi’ and a ‘contrat de travail unique’. The objective was twofold: both to reduce the degree of segmentation that affects the labour market, and to reduce the rigidity of the standard employment contract, especially with regard to the matter of protection against layoffs for economic reasons,” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 83.

luego a gusto aplicar o no, sin observar la estructura jurídica que se ha creado.

Este es el problema que pretende atender la solución del contrato de trabajo único, en cuanto entiende que en la medida en que se configuren los elementos del contrato de trabajo, tendrá que aplicarse una regulación igual, sin que existan arbitrariamente otras relaciones que tengan menos derechos, lo cual ordinariamente solo se hace a nombre de una supuesta flexibilidad.

En general, la propuesta más que incluir a colectivos como al de los trabajadores autónomos, lo que pretende es prestar una suerte de reunificación del ordenamiento laboral estándar, no tanto por la redefinición de la división binaria, sino por la consolidación de aquellos que se encuentran ya protegidos. Al respecto, la regulación laboral ha hecho una separación dentro de los propios subordinados, generando una variedad de trabajadores atípicos que siendo subordinados tienen menos protección. En consecuencia, el trabajo atípico tiene como primer cometido fijar una regulación común, al menos dentro del ordenamiento aplicable a aquellos que se encuentran dentro de la relación subordinada.

De esta forma, el primer problema que se plantea es que no se regula un gran colectivo como el de los autónomos, que queda en una situación exactamente igual que sin el contrato único; más esta no es la única falla que genera el sistema.

Al efecto pues, muchas de las propuestas que se han ideado con respecto al contrato único establecen dentro de sí una diversidad de sistemas; así por ejemplo, un régimen inferior de Derecho para los trabajadores que recién ingresan en el mercado laboral.<sup>406</sup> Estamos entonces, ante una propuesta que ve al contrato único como un mecanismo para la reducción de derechos de los trabajadores, muchas veces no solo limitándose a las relaciones de los trabajadores subordinados; sino a las relaciones de cualquier persona

---

<sup>406</sup> “The idea seems to be that of a single or universal model of the contract of employment with inbuilt notions of differential application according to the seniority of the worker in the job in question – initially probationary, with a progressive subsequent accretion of rights to job security. It is debatable how far an analogous notion can be identified in English labour law or in the practice of personal work arrangements in the jurisdiction of English law; but it is pretty clear that in so far as there is an identifiable analogy, it exists in a largely or entirely innominate form.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 336.

que preste servicios.

En este caso pues, aunque se reducen las hipótesis de trabajadores con menores derechos, aún existen trabajadores atípicos con menor protección; por lo que ni siquiera el contrato de trabajo único supone una unificación<sup>407</sup> total del sistema de los protegidos. Es muy evidente que la aplicación de regímenes de menores derechos a ciertas relaciones de trabajo ha calado tanto que, incluso cuando se pretende unificar el sistema, se llega a una solución solamente simplificada de la que establece una variedad de relaciones laborales protegidas; pero manteniendo relaciones de trabajo con menores derechos<sup>408</sup>, ya que se asume que existen algunas relaciones –como las de las personas de reciente ingreso en la relación de trabajo– que obligatoriamente deben contar con un régimen inferior de protección.

Al respecto pues, si se considera que el régimen propuesto es acertado, tal como ya se ha sugerido previamente, lo razonable sería modificar los elementos de la relación de trabajo protegida; de tal manera, que permitan que no se regule la relación de aquellos que se considera que deberán tener menos derechos, creando una solución clara y jurídicamente precisa que pueda aplicarse a todas las situaciones similares, es decir a aquellas que cumplan similares elementos.

De todas formas, este es un cometido que resulta imposible puesto que si se analiza la figura de los trabajadores que recién ingresan por ejemplo, cualquiera que sea el test que se les aplique, muy probablemente se encontrarán en mayor desequilibrio que las relaciones de trabajo subordinadas ya establecidas; por lo que, lejos de aplicarles un régimen con menores derechos, si se aplica el objeto del Derecho del Trabajo, tendría que enmarcárseles en un régimen por lo menos con los mismos derechos, ya que

---

<sup>407</sup> MARIUCCI, LUIGI. Quella trappola chiamata "contratto unico". *L'Unità*, 5 de enero de 2012.

<sup>408</sup> “El objetivo que se pretende con el contrato “único” es superar, se dice, la existencia de un 30% de trabajadores con contratación temporal, aunque tal porcentaje se sitúa hoy más cercano al 25%, precisamente por la intensa destrucción de puestos de trabajo cubiertos por contratos temporales, y la cierta resistencia a la baja que sigue ofreciendo la contratación indefinida. Pero las bases con las que se diseña el contrato único implica, en la práctica, cerrar la contratación indefinida a los trabajadores que aun no han adquirido dicha estabilidad en su derecho al trabajo, generando una verdadera dualización “irreversible” del mercado de trabajo, entre los que ya son estables, y las futuras generaciones, que vivirían en un marco de “temporalidad permanente.” GUALDA, FRANCISCO. El nuevo “contrato único”, más precariedad, dualización y pérdida de derechos laborales. *Cuadernos de la fundación*, núm 1, 2009, pág. 4.

evidentemente frente a esos denominados trabajadores atípicos se encontrarán situaciones de abierto desequilibrio que justificarán que exista mayor protección, incluso que los trabajadores ordinarios; por lo que sería difícil alegar que deben estar sometidos a un régimen de menores derechos cuando por otra parte presentan mayor desequilibrio en su relación de trabajo.

Luego, el sistema del contrato único falla igual que el sistema de la subordinación en cuanto no lo modifica y, a la vez, crea nuevas divisiones dentro de la subordinación que sólo tienen sentido si se asume que los empleadores contratarán más trabajadores en la medida en que el precio de los mismos sea más barato –ley económica que se ha encontrado que no está probada–. Lo que significa que el sistema del contrato único parte de otra presunción falsa, siendo esta que existen algunos trabajadores que para favorecer al mercado tienen que contar con menores derechos. Luego pues, en cuanto a su contenido y alcance falla ya que además no se regula en nada la figura de la autonomía.

De todas formas, sí es un régimen que aporta a la redefinición del Derecho del Trabajo en cuanto pondera que debería existir un sistema de regulación estable que permita conocer con más certeza cuándo se aplicará la relación de trabajo una vez que se sistematicen unas condiciones básicas para este procedimiento. Luego, es contradictorio en la medida que admite excepciones no necesariamente basadas en la aplicación de una institución jurídica determinable; sino sustentadas en presunciones económicas liberales que no son una certeza, y en virtud de las cuales lejos de proveer de mejores derechos a las personas que se encuentren en una relación de trabajo desequilibrada, se les confiere menores derechos.

Otro sistema para el contrato único que se ha propuesto –además del analizado– es el contrato único desde la perspectiva francesa que en cualquier caso tiene más sentido, ya que pretende unificar la regulación para todos los trabajadores asalariados, sin dejar nichos de trabajadores también asalariados que gocen de una menor protección; este contrato pues, se puede considerar más como un contrato único. En este caso se propone justamente la derogación de los contratos de duración determinada, fundamentalmente con menores costos de terminación, para pasar a un contrato único con una regulación unificada que establezca una indemnización igual dependiendo de la antigüedad de cada trabajador; pero que no establece otros regímenes de protección. Esta propuesta sin

duda, tiene más sentido en la medida en que se trata de un verdadero régimen unificado. De todas maneras la regulación se extiende a todos los trabajadores que puedan considerarse como subordinados, por lo que se amplía el margen de aplicación.<sup>409</sup> De cualquier forma, esta propuesta también deja fuera a una gran variedad de trabajadores como los autónomos; por lo tanto, es una ampliación del ámbito de la protección que provee el Derecho del Trabajo, pero restringida.

En general, esto ha provocado que el contrato de trabajo único no sea una propuesta aceptada dentro de esta investigación, particularmente porque no reconoce derechos a trabajadores como los autónomos, de manera que en realidad supone la homologación al alza o a la baja de derechos –dependiendo de la propuesta de contrato único de trabajo se analice– misma que se limita a unificar el régimen de los trabajadores subordinados; por lo que en general, además, ha tenido una aceptación escasa desde el lado de los empresarios en la medida que incluso en los casos en que se propone un contrato único con derechos a la baja, la desaparición de regímenes atípicos de menor protección, y la extensión del universo de trabajadores protegidos en realidad aparenta ser un costo adicional para el empresario desde la perspectiva económica; hecho que ha producido que la posibilidad sea abiertamente rechazada, sin ni siquiera considerar que el contrato único con menores derechos –como en efecto se sugiere que se genere– en términos absolutos incluso podría generar una reducción de costos global, como sucede por ejemplo, con la propuesta de contrato único española que en líneas generales establece una homologación de la variedad de indemnizaciones por despido que podrían pagarse

---

<sup>409</sup> “Le droit du travail français est conçu pour protéger les travailleurs contre les restructurations de l’emploi grâce à une réglementation stricte du licenciement économique. En contrepartie, les contrats à durée déterminée (CDD) et le travail intérimaire donnent aux entreprises des marges de flexibilité. Ce système présente, on l’a vu, de nombreux inconvénients. La césure CDD-CDI et la réglementation des licenciements économiques entraînent de profondes inégalités: les jeunes sont cantonnés à des emplois en CDD, et les entreprises hésitent à embaucher des seniors sur des emplois stables, car leur destruction est très coûteuse. Le licenciement économique est accompagné de procédures de reclassement formellement exigeantes mais souvent contournées au détriment des salariés les plus fragiles et les moins informés. Afin de réduire les inégalités de traitement et de simplifier le droit du travail, nous proposons la suppression du CDD et la création d’un contrat de travail unique. Ce contrat aura trois composantes : il sera à durée indéterminée ; il donnera droit à une prime fonction de l’ancienneté en cas de licenciement (le montant payé inclurait en particulier la composante « précarité » versée en fin de CDD) ; il donnera lieu à une taxe sur les licenciements qui servira à garantir le droit au reclassement du salarié, reclassement assuré non plus par les entreprises mais dans un cadre organisé par le service public de l’emploi.” CAHUC, PIERRE ; KRAMARZ, FRANCIS. *De la précarité à la Mobilité: Vers une securite Sociale Professionnelle*, Paris : La Documentation française, 2005, pág 135.

dentro de un promedio entre aquellas más altas, y las correspondientes a los trabajadores atípicos.<sup>410</sup> Así pues, dado que la propuesta de contrato único entiende que se podrían disminuir unos derechos para ampliar el marco de protección a trabajadores atípicos, en la práctica, ese mayor universo de trabajadores protegidos y sus costos para el mercado de trabajo se podrían amortizar por la disminución de derechos de unos grupos de privilegiados, entendidos estos como los trabajadores dependientes que gozan de todos los beneficios laborales –los cuales cada vez se entienden más como privilegiados en la medida que gozan de un régimen cada vez menos común, mientras que por otro lado se dejan desreguladas relaciones de trabajo claramente desprotegidas; lo que por otra parte implicaría racionalizar un poco al sistema, ya que se aplicaría a todas las situaciones que se consideren dignas de protección de la relación de trabajo, sin que exista arbitrariamente algunos trabajadores con menores derechos.

Pese a todo esto, el contrato de trabajo único ha sido rechazado, viéndose que el mismo es además muy poco osado en cuanto a su marco de aplicación. Esto pues, demuestra la realidad contra la que se enfrenta cualquier posibilidad de redefinición de la relación de trabajo, siendo esta que todo lo que al menos parezca la creación de derechos mayores para los trabajadores –aunque en términos absolutos no suponga un mayor costo– tenderá a ser rechazado; de ahí que se encuentre que las propuestas de redefinición sólo suelen prosperar en la medida que aparezcan como una reducción de costos pura y

---

<sup>410</sup> “Para acabar con la dualidad laboral es preciso simplificar el actual menú de contratos de trabajo con indemnizaciones por despido tan diferentes. Salvo por el contrato de interinidad, para la sustitución de trabajadores en baja temporal, el resto de los contratos temporales debe desaparecer. Simultáneamente debe introducirse un único contrato indefinido para todas las nuevas contrataciones, con una indemnización por año de servicio creciente con la antigüedad. La introducción de este contrato unificaría las causas del despido, manteniendo la tutela judicial para los despidos por razones discriminatorias. Así, los trabajadores contarían con un contrato indefinido desde el principio de la relación laboral, mientras que los empresarios no se enfrentarían con la enorme brecha existente entre el bajo nivel de la indemnización de los contratos temporales (8 días de salario por año y en algunos casos incluso nada) y el alto nivel de protección de los contratos indefinidos actuales. Este diferencial es el factor inductor de la excesiva rotación. Por tanto, este contrato ayudaría también a reducir la grave desigualdad de oportunidades que sufren determinados colectivos, especialmente los jóvenes, las mujeres y los inmigrantes, que son los más afectados por la excesiva rotación laboral. Es posible que esta medida también favoreciese un despegue de la contratación a tiempo parcial, desalentada hasta ahora en nuestro país por el excesivo uso de la temporalidad.” AA.VV. *Propuesta para la reactivación laboral en España*, 2009, véase: [http://www.crisis09.es/propuesta/?page\\_id=37](http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=37)



simple.<sup>411</sup>

Luego es evidente el sometimiento de las instituciones del Derecho del Trabajo a los intereses económicos, al punto que limitan la redefinición de la relación de trabajo; hecho que por lo menos desde la perspectiva académica, debe ser evitado, como se pretenderá dentro de este trabajo cuando finalmente se formule una propuesta de redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

Así pues, y volviendo al análisis jurídico, hay que encontrar a su vez y estrictamente que en el Ecuador, este régimen es válido en cuanto confirma que es importante la vigencia de un régimen común que establezca derechos, aunque en la práctica esto no establecería una modificación del sistema que se aplica sino, como se ha dicho, una confirmación en la medida que en el Derecho ecuatoriano, sin importar la modalidad o tipo de contrato que se aplique, todo contrato tiene que cumplir con los mínimos establecidos por el sistema general; por lo que, en la práctica, aunque hay contratos diversos, existe un contrato único en cuanto no se permite que existan contratos con menores derechos salvo en algunas mínimas regulaciones residuales provenientes de la era liberal –como sucede con el contrato de maquila regulado por la Ley 090 que aunque reconoce todos los derechos propios del régimen laboral para este contrato, especialmente no reconoce la estabilidad que por principio tienen los contratos de trabajo en general en el Ecuador–. Esto significa, que en la práctica en el Ecuador ya existe un régimen más homogéneo que el de la mayoría de ordenamientos que se han estudiado. Claro está, nos encontramos ante un sistema que fundamentalmente reconoce la división binaria y que primordialmente pretende que dentro de la subordinación no existan relaciones de trabajo con derechos inferiores; lo que de todas formas, no soluciona el problema que se genera ante la desprotección no solo de los trabajadores atípicos, sino de aquellos trabajadores que quedando por fuera de la subordinación, se encuentran en un

---

<sup>411</sup> “From a business perspective, the single employment contract is an additional and unwelcome cost. Right from its original formulation by Cahuc and Kramarz, the model aims to recognize the social value (defined as the value for the community) of work by transferring the cost of the ‘negative externality’/‘negative outsourcing’ represented by the termination of employment. Even in the form of a proposal advanced by Pietro Ichino in Italy, the social cost of dismissal rests with the enterprise. This is a major concern for business organizations. In France, the business community opposed the idea of the single employment contract for the same reason.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 234.

desequilibrio tal, que tiene sentido que se les otorgue protección, pero no se los toma en cuenta por no considerarlos incluidos en el Derecho del Trabajo.

### *Título XIII*

#### ***SOLUCIONES QUE RECONOCEN LA DIVISIÓN BINARIA Y CREAN NUEVAS CATEGORIAS PARA LA REGULACIÓN***

Una vez que se han podido detallar algunas de las corrientes que tratan de precisar más claramente cómo definir los conceptos delimitadores de la división binaria existente en el Derecho del Trabajo –para diferenciar entre los protegidos por su ordenamiento y aquellos que no lo son–, se puede constatar que aquella división y su aplicación resulta un tema ciertamente inconcluso, donde existen varias y disímiles posturas que impiden conocer a ciencia cierta cuándo una relación de trabajo será o no protegida por el Derecho Laboral.

En ese contexto, y puesto que ha resultado extremadamente complejo definir y separar meridianamente cuáles son las relaciones sometidas al Derecho del Trabajo, distanciándolas diáfananamente de aquellas otras que no encuentran protección, ante este problema, una de las soluciones por las que se ha optado dentro del Derecho del Trabajo ha sido crear terceros conceptos para definir relaciones de trabajo protegidas, que no necesariamente se enmarcarán dentro de la división binaria inicialmente planteada.

Hay que notar inicialmente, para conceptualizar esta posible situación que en el fondo se deja intacta la discusión irresuelta de la fijación de parámetros claros relacionados con la división binaria y entonces se crean nuevas categorías que intentan resolver las lagunas planteadas por el dilema principal de determinación de protección del Derecho del Trabajo, que en muchos casos se sobreponen a la división estándar clásica.

Evidentemente, esta solución tiene como pero principal el hecho de que deja sin resolver el dilema del Derecho del Trabajo en cuanto a determinar la relación de trabajo que debe ser protegida de manera general.

Hay que encontrar que se asume un enfoque indirecto para solucionar el problema de la determinación de la relación de trabajo que debe ser protegida, donde realmente se hace

muy poco para mejorar los conceptos que permiten encasillar a cada relación de trabajo en una situación de protección, o no. Lejos de buscarse este fin, lo que se hace es intentar prestar soluciones a relaciones específicas, por la vía de la resolución de algunas relaciones de trabajo no encasilladas en la división binaria; para así, progresivamente ir disminuyendo los casos de duda, dado que se prestan soluciones particulares para aquellos casos de difícil definición.

De cualquier forma hay que resaltar que resulta un ejercicio interesante desde el plano teórico, ya que permite analizar cuáles han sido las soluciones que en este respecto se han desarrollado para solventar el problema que se genera ante la existencia de relaciones de trabajo que no aparecen claramente reguladas por los conceptos clásicos del Derecho del Trabajo, mediante la utilización de técnicas normativas distintas a la definición genérica de conceptos que permiten precisar cuándo una relación de trabajo se encontrará amparada por este Derecho.

Esta solución ha sido fundamentalmente utilizada en algunos ordenamientos jurídicos europeos; así pues, más allá de las figuras de terceras categorías diseñadas, en el Reino Unido, Alemania, España e Italia, en general en el orbe, la creación de una tercera categoría más allá de la división binaria no ha sido una técnica que pueda considerarse como altamente aplicada; por lo tanto, a la hora de estudiar esta solución tendrá que utilizarse la visión de aquellos ordenamientos previamente citados que son los que excepcionalmente han desarrollado este concepto de tercera categoría.

Al respecto pues, la tendencia europea ha supuesto de alguna forma, el tomar algunas relaciones que no se encontrarían protegidas claramente por el Derecho Laboral –y que por ende, de facto se asumirían como parte del régimen autónomo<sup>412</sup>– para proceder a conferirles un ordenamiento jurídico singular, donde la particularidad es que no es un ordenamiento enteramente similar al del Derecho Laboral ordinario, ni tampoco es un ordenamiento que pueda asimilarse totalmente al régimen de autonomía.

---

<sup>412</sup> “The concept of the autonomous worker has been built in most countries by means of a residual technique (all those workers who are not salaried) which means that the conceptual effort has been invariably oriented towards the salary-earner.” GOLDÍN, ADRIÁN. *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 124.

Cabe señalar que dentro de este título no se estudiarán las figuras por las cuales se regulan los contratos con autónomos desde la perspectiva de absoluta liberalidad en la relación, ya que estas propuestas si bien pretenden normar de alguna forma el régimen de autonomía, en realidad, en nada aportan a la creación de un concepto distinto más allá de la división binaria. Este es por ejemplo, el caso de la regulación de los denominados contratistas independientes en Estados Unidos<sup>413</sup>, que evidentemente no serán un tema de análisis dentro de este título ya que en la práctica, aunque existe regulación expresa para este tipo de trabajadores, como la misma es primordialmente mercantilista en casi nada cambia la regulación que tendrían si se les considera autónomos en general; por lo que a pesar de que podría hablarse de que estamos ante un tercer concepto, en realidad, solo es la aplicación de la tradicional división binaria, en la medida que el régimen jurídico que se aplica es casi idéntico que el de cualquier autónomo, por lo que en nada aportan para la creación de un tercer concepto y menos para la redefinición de la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral.

Así pues, las soluciones a valorar dentro de este título son aquellas donde ciertos trabajadores que, estando sometidos al régimen de autonomía, pasan a organizarse en sistemas que les generan algún tipo de protección distinta que las normas meramente contractuales o que las propiamente laborales, configurándose así un tercer concepto.

En consecuencia, este sistema surte una forma de sistematización de unas relaciones de trabajo ordinariamente sometidas al atomizado<sup>414</sup> y sin duda no coordinado régimen de los trabajadores que no se encasillan claramente ni en la figura de autónomos, ni tampoco

---

<sup>413</sup> "...To be clear, the stated objectives of the Independent Contractors Act 2006 (Cth) amount to an unequivocal act of faith in the principle of contractual freedom. These objectives are listed in Section 3(1) of the Act in the following terms: (a) to protect the freedom of independent contractors to enter into services contracts; and (b) to recognise independent contracting as a legitimate form of work arrangement that is primarily commercial; and (c) to prevent interference with the terms of genuine independent contracting arrangements. To achieve these objectives the primary source of legal regulation of contracts for services is meant to be the contract itself." VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, pág. 69.

<sup>414</sup> "...Applying this test, we find that none of these existential conditions for the unitary category of personal contract for services seems to be satisfied. There seems to be no textbook or treatise or practitioners' handbook for this category. At a more profound level, neither does there seem to be any real notion of distinctive regulation or even distinctive interpretation of such a category of contracts." FREEDLAND, MARK; Kountouris Nicola. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 273.

en la figura de los asalariados, por lo que claramente es una técnica que resulta interesante al estudiar la relación.

En consecuencia, procedo a detallar algunos de estos regímenes, aclarando en todo caso, que las soluciones aunque muchas veces se han asumido como similares, sin duda no lo son<sup>415</sup>, presentando una particularidad cada una de ellas, que amerita que se estudien por separado tal como se constatará.

### **13.1. LA PARASUBORDINACIÓN ITALIANA**

Tal como su nombre lo indica, este régimen jurídico inicialmente ha pretendido regular aquellas relaciones de trabajo que se encuentren más allá de la subordinación. Estamos ante un régimen que desde la perspectiva terminológica al menos es bastante ambicioso, así como también en cuanto a sus pretensiones de regulación ya que su ámbito de aplicación sugeriría que se pretende regular todo lo que no haya sido solventado por la subordinación, de manera tal que si así fuese estaríamos ante una clara redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, por la vía de una regulación genérica de todo un conjunto de relaciones de trabajo que no habrían sido previstas por la figura de la subordinación.

De todas formas, pese a lo ambicioso de la denominación del sistema, en la práctica, no se han regulado todas las relaciones de trabajo más allá de la subordinación bajo esta figura. Al respecto hay que considerar que en la realidad parecería ser que este sistema nunca pretendió regular todas las relaciones de trabajo que no se consideran subordinadas; sino realmente una parcela de las mismas, de ahí pues que el primer reparo que se pueda hacer de esta figura es justamente la terminología con la que se define, misma sugiere un alcance mucho más amplio que el que realmente tiene.

Así pues, la figura de la parasubordinación estableció desde un inicio unos límites en cuanto a la determinación de las categorías de trabajadores que se someterían a la misma,

---

<sup>415</sup> GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 147-149.

evidenciado que su alcance siempre fue bastante restringido.

De todas formas, y pese a la realidad previamente señalada, si puede decirse que resulta paradójico que, aunque estemos ante un sistema bastante limitado en su aplicación, si se lo compara con otros mecanismos para regular terceros conceptos en virtud de los que se establezca protección, tendrá que concluirse que el sistema propuesto por la parasubordinación, en cuanto al marco de aplicación, por lo menos inicialmente sí supuso un intento de regulación bastante más amplia que aquellas figuras que solamente regulan la tercera categoría desde el concepto de la dependencia económica por ejemplo.

Con este preámbulo entonces, paso a describir la regulación de este concepto. Así, la figura de la parasubordinación se reconoce en Italia en 1973 a partir del Ley 533/1973 que reformó al artículo 409 del Código de Procedimiento Civil. Tal como se desprende de la naturaleza del cuerpo normativo que la reconoce, primordialmente la figura se constituye como un mecanismo para otorgar derechos procesales a un grupo de trabajadores, que no sería aquellos que se encuadren dentro de la categoría de subordinados; por lo que ni siquiera es una figura que genera derechos sustantivos en un primera instancia, esto ejemplifica que no estábamos frente a un régimen integral, sino más que nada ante una pequeña reforma que confiere algún derecho procesal y que sólo posteriormente ha ido incorporando algunos derechos sustantivos principalmente en el campo de salud y riesgos del trabajo<sup>416</sup>, por lo que a veces, la gran importancia que se ha dado doctrinariamente a la valoración de esta figura puede estar sobrevaluada si se analiza efectivamente la forma en que se ha reconocido y especialmente, sus efectos jurídicos, que siempre han sido bastante limitados tanto en el alcance de las personas a las que llega como también en cuanto a los derechos que confiere.

Luego y en cuanto a quiénes eran estos trabajadores beneficiados del régimen del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, hay que notar que la relación de parasubordinación protegida se define mediante dos mecanismos; por una parte se

---

<sup>416</sup> “...Por lo que respecta a la protección social, a los colaboradores a proyecto se les aplica la normativa general relativa a los trabajadores parasubordinados, esto es, la inscripción en la gestión separada del INPS a efectos de pensiones, la protección de la maternidad y los subsidios familiares, la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, recientemente, el reconocimiento de una cierta protección contra la desocupación (ausencia de actividad).” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 39-40.

determinan actividades específicas que serán consideradas como parasubordinadas; sin que exista un análisis particular de sus características –así, se considera como parasubordinado al trabajo de agencia, y representación comercial–; pero además, se provee una solución amplia para determinar cuáles serían otras relaciones que podrían encasillarse dentro de la figura de parasubordinación. Así pues, cualquier otra relación que se considera como una obra coordinada, continuada y primordialmente personal, también se sometería a este régimen de parasubordinación.<sup>417</sup> Hay que señalar que por vía de interpretación, mayoritariamente se ha considerado que el trabajo protegido también supone que exista colaboración, a partir de entender que si el trabajo es coordinado por la contratante, se estará produciendo una suerte de colaboración.

Por lo tanto, y aunque la norma no establece que sea un elemento para definir si un trabajo es parasubordinado, el hecho de que este se haga bajo colaboración, en la práctica, se asumió como elemento para determinar si el trabajo es parasubordinado o no, es decir si el trabajo se realiza en coordinación, colaboración y de manera continuada habrá la protección propia de la parasubordinación.<sup>418</sup>

---

<sup>417</sup> “El desarrollo de la figura tiene como fuente normativa el numeral 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, que se enmarca en las normas para las controversias en materia de trabajo y cuyo tenor literal establece: Las disposiciones del presente capítulo [controversias individuales de trabajo] se aplican en las controversias relativas a: 3) relaciones de agencia, de representación comercial y otras relaciones que se concretan en una prestación de obra continuada y coordinada, prevalentemente personal, incluso si no tiene carácter subordinado.” SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG HERNÁNDEZ, CARLOS. (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 784.

<sup>418</sup> “Si tratta dei rapporti così detti, «*parasubordinato*», nell’ambito dei quali la prestazione viene resa da un lavoratore autonomo, ma in coordinamento con l’organizzazione dell’azienda committente. Tale tipologia di rapporto si è dapprima imposta nella pratica ed è stata poi riconosciuta la prima volta dalla legge 11 agosto 1973, n. 533, che ha disciplinato il processo del lavoro, nel nostro ordinamento ha introdotto una nuova figura di rapporto di lavoro, distinto sia dal rapporto di lavoro subordinato che dal contratto d’opera. Si tratta dei c.d. «*rapporti di collaborazione*» che, secondo l’art. 409, n. 3. Cod. proc. Civ., si concretano «in una prestazione d’opera continuativa e coordinata prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato» (...) Quanto alle caratteristiche del rapporto, esse sono date anzitutto dalla continuazione, ossia dall’attitudine della prestazione a soddisfare un interesse durevole delle parti, e dal coordinamento con l’attività dell’imprenditore. Sinteticamente, per ritenere esistente un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, occorre accertare la sussistenza di 3 requisiti: La continuità della prestazione, che ricorre quando la prestazione non sia occasionale, ma perduri nel tempo con un legame funzionale fra collaborato e collaboratore; La coordinazione, intesa come inserimento del collaboratore nell’organizzazione del committente e, in senso lato, nelle finalità perseguite dal committente; La prevalenza del lavoro di collaboratore, rispetto ai mezzi da lui utilizzati per rendere la prestazione.” ROTONDI, FRANCESCO. *Corso di diritto del lavoro*, CEDAM, Seconda edizione, Padova, 2006, págs. 11-12.



De todas formas, cabe considerar que el hecho de incluir como elemento para determinar si la relación de trabajo será parasubordinada a la colaboración, –aunque ni siquiera se encuentra previsto dentro del tenor literal de la norma–, genera una gran contradicción puesto que la doctrina italiana ya ha considerado que la colaboración produce en muchos casos subordinación; por lo que carece de sentido que la colaboración se sitúe como mecanismo para determinar la aplicación de un régimen con menores derechos que la subordinación, cuando por otra parte la existencia de este elemento hace presuponer que existe subordinación. Por lo tanto un mismo, elemento sería indicador de la aplicación de dos regímenes que pretenden ser distintos, lo que era innecesario, si se considera que además dentro de la definición estricta de la parasubordinación ni siquiera existe aquel elemento, por lo que la interpretación que se ha dado de la figura de la parasubordinación añade una complejidad a la determinación del concepto, que bien podría haberse obviado.

De todas formas, y pese a esta paradoja fundamental que se ha intentado resolver con el argumento difícilmente sostenible de que se trata de otro tipo de colaboración, finalmente se ha asumido que la colaboración en cualquier caso sí es un elemento para determinar si se produce o no una relación de trabajo que debe estar sometida al régimen de la parasubordinación, por lo que esta figura así tendrá que ser considerada.

Mas no existe coincidencia de elementos entre la relación subordinada y la parasubordinada, solamente en cuanto al elemento de colaboración, también existen la necesidad de que se configure el elemento de personalidad en la relación de parasubordinación, mas no se presenta este elemento de la forma exacta en que se configura en el caso de las relaciones de trabajo subordinadas. En el caso de la relación de parasubordinación, se afirma que la prestación tiene que ser “primordialmente personal”, lo que en todo caso supone una interesante diferencia, ya que no es como en el caso de las relaciones subordinadas ordinarias donde es indispensable que el trabajo sea personal para que se otorgue protección –como ocurre en el caso ecuatoriano–.

Dentro de este régimen, lo que se señala es que el trabajo deberá ser personal, mas no es un requisito sine qua non para que se produzca la protección; de ahí que podrían existir trabajos no personales que se consideren protegidos. Resulta interesante que esta opción recoge la teoría de personalidad laboral establecida previamente en este trabajo en virtud

de la cual se considera que el elemento de personalidad no debe ser entendido en la medida en que la obligación de prestar un servicio sea *intuitu personae*, como clásicamente se ha entendido, ya que este elemento no está ahí para proteger al acreedor de la prestación como sucede en el caso de las obligaciones *intuitu personae*.

Así, el elemento de personalidad laboral, lo que busca es proteger a quien no ha alcanzado un nivel de organización tal que determine que ya no se encuentra en desequilibrio y por ende ya no necesita protección, lo que significa que puede que exista una prestación que no siendo personal requiera de protección porque el hecho, por ejemplo, de que un trabajador tenga un ayudante no amerita que se asuma que ya no requiere de protección. Luego pues, en el caso de la definición de la parasubordinación, el elemento de personalidad aparece flexibilizado en ese sentido.

En todo caso, y para lo que ahora nos ocupa –que es determinar qué trabajadores se encuentran protegidos por el esquema de la parasubordinación– hay que encontrar que esta relación de trabajo se define desde una perspectiva bastante amplia<sup>419</sup> que prevé la existencia de relaciones de trabajo que se presumen parasubordinadas, pero que también crea una fórmula para determinar que otras relaciones adicionales podrían someterse a este régimen.

Por otra parte, sí hay que precisar que se trata de la creación de un tercer régimen en la medida de que no regula todas las relaciones de autonomía, sino que dentro de ellas crea un ordenamiento especial y diferente de protección, por lo tanto, la regulación de autonomía se divide en dos; quedando por una parte aquellas relaciones de trabajo que

---

<sup>419</sup> “En Italia la noción de parasubordinación (*parasubordinazione*), se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, no obstante, que sus resultados son prácticamente los mismos. La noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles) que extendió la facultad de ligar individualmente en materia del trabajo a la relaciones de agencia y representación comercial, así como a otras relaciones de colaboración que se concretizan en la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de naturaleza persona, aunque no sea una relación subordinada. (*altri rapporti di collaborazioni che si concretino in una prestazioni d’opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non ha carattere subordinato*). Se trata, en consecuencia, de una categoría “abierto” en donde se encuentran, en la práctica, profesiones tan diversas como las de los abogados que trabajan para una firma o médicos del servicio nacional de salud.” SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 783.

se considerarán parasubordinadas y por otra aquellas que residualmente quedan en el marco de la autonomía. Luego, también permanece intacto el régimen de subordinación, por lo que, así queda diagramado este tercer régimen.

De todas formas, cabe resaltar que existe una importante corriente que considera que en efecto no estamos frente a un tercer régimen jurídico; sino que por el contrario, es un régimen que se enmarca dentro de la autonomía, por lo que persiste la división binaria intacta, simplemente con una categoría como los parasubordinados como un tipo de trabajadores autónomos.<sup>420</sup>

Al respecto, discrepo con esta corriente ya que la figura de los parasubordinados mantiene unos derechos distintos y una diferenciación con la figura de los autónomos en general que los particulariza; aunque no deja de ser cierto que su ordenamiento es mucho más cercano al de los autónomos.

Finalmente, resulta distinto en la medida en que se le reconoce un derecho a protección, y por ende se asume la existencia de desequilibrio, que es la razón por la que puede aplicarse un régimen protector; lo que por otra parte, dentro de la autonomía –por lo menos desde una perspectiva filosófica– no debería existir, ya que se presume que las partes tienen un poder de negociación equilibrado; por lo tanto, la necesidad de protección que se forja dentro de este sistema es la prueba de que en efecto no estamos ante trabajadores autónomos, aunque en la realidad, se les aplique un régimen muy similar que el de los trabajadores independientes.<sup>421</sup>

Conceptualmente, pues, estamos ante trabajadores que son muy cercanos a la figura de

---

<sup>420</sup> “Sin embargo, la jurisprudencia encuadra este tipo de trabajo en la tipología genérica de trabajo autónomo: “El trabajo a proyecto [parasubordinado, como se explicará más adelante], no es un ‘tertium genus’ entre subordinación y autonomía, se encuadra en el segundo” (Tribunal de Milán, 17 de noviembre de 2007, rad. 4706).” JARAMILLO JASSIR, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 171.

<sup>421</sup> “...Parasubordinazione has long been the object of a rather vibrant debate, with Italian academics disagreeing even on whether the parasubordinati should be seen as a tertium genus or, as argued by the majority of authors and judicial decisions, a species of the self-employed genus. In that respect some recent legislative reforms, which will soon be discussed, appear to have taken a stance implicitly favouring the tertium genus hypothesis and, according to some, lay a gravestone upon the traditional binary model of employment relationship in the Italian context.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 75.

subordinación en la medida en que se reconoce la necesidad de que sean protegidos, lo cual solo puede concluirse porque se asuma una suerte de desequilibrio, como sucede con los trabajadores subordinados. De todas formas, se les aplica el ordenamiento jurídico en un esquema bastante similar que los autónomos desde una perspectiva ideológica ya que la categoría se crea no como un mecanismo de expansión de la relación de protección, sino como el reconocimiento de que existen algunos trabajadores que sin ser subordinados requieren de protección; pese a lo cual, y aunque se reconoce este fallo de la subordinación y el desequilibrio, sólo se les confiere una cantidad limitada de derechos; evidentemente por la tendencia liberal que trata de limitar al máximo la generación de derechos, más aún frente a relaciones de trabajo que no se han considerado históricamente como protegidas.

En el fondo, sí se reconoce que son relaciones de trabajo que también se encuentran desprotegidas como la relación de subordinación, por lo carece de lógica que tenga una menor protección, pero se justifica por el hecho de que se considere que la protección, mientras sea mínima será mejor; de ahí entonces, que este trabajo se enmarque dentro del trabajo autónomo con un régimen de libertad de contratación, aunque sus características lo asemejan más a un trabajo prestado en desequilibrio que amerita protección.

De todas formas, es una política bastante común de la creación de estos terceros conceptos, el encasillar a estas figuras más cerca de la autonomía, en cuanto a derechos, que de las relaciones asalariadas, para así poder alegar que los terceros conceptos no se enmarcan por ejemplo, dentro de la subordinación y poder justificar que se cree un régimen con menores derechos; aunque en la práctica, bien estos terceros conceptos donde se reconoce desequilibrio cabrían dentro de la protección provista de la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral. Mas existe una evidente intención de restringir el alcance de la protección del Derecho del Trabajo a otras relaciones; así pues, se explica la creación de esta figura, que en realidad es absolutamente asimilable a la de la relación subordinada por lo menos desde su definición inicial, por lo que en estricto sentido no justificaría la creación de un tercer régimen distinto que el de la subordinación.

Al respecto, si se analiza la primigenia definición de trabajo parasubordinado

encontraremos que se requiere que la prestación sea continuada, es decir que la misma se realice constantemente y que exista una suerte de permanencia en la relación<sup>422</sup>, lo que demuestre que la misma no es excepcional ni esporádica; de ahí entonces, que sea sostenible que deba ser protegida, ya que no estamos ante un trabajo que no se encuentre realmente vinculado con la actividad de empleador.

También se requiere que la prestación de servicios sea coordinada, esto significa que la actividad, no sea dirigida por la empresa, así se encuentre vinculada funcionalmente dentro del proceso productivo de la empresa; es decir que estamos hablando de una suerte de dependencia funcional de la actividad parasubordinada en relación con la actividad de la contratante<sup>423</sup>.

Igualmente, es necesario que la actividad se haga en colaboración, lo que supone también una faceta de la coordinación en la medida que la actividad se encuentra integrada dentro de la labor de la contratante.<sup>424</sup> Hay que notar que la colaboración, como se ha visto previamente, en Italia se considera como un componente de la subordinación en muchos

---

<sup>422</sup> “El trabajo parasubordinado se caracteriza por las notas de continuidad, coordinación y naturaleza predominantemente personal. *Continuidad*, esto es, el trabajador se compromete a una actividad que tiende a satisfacer una necesidad permanente o duradera del cliente, o al menos prolongada en el tiempo, aunque no se trate técnicamente de un contrato de duración. Dado que con carácter general el trabajador asume una obligación de resultado —la norma se refiere a las prestaciones de obra—, no de actividad, lo que importa a estos efectos es la continuidad de facto, no la estrictamente jurídica. Con todo, la doctrina admite que el objeto del contrato puede ser tanto una prestación de duración como sucesivas prestaciones de resultado vinculadas entre sí en virtud de su integración en el proceso productivo de la empresa cliente, lo que revela la existencia de la continuidad exigida por el legislador.” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 35.

<sup>423</sup> “...La coordinación global de las actividades de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación. Esta estrategia se sitúa en la base de los principales modelos de empresa red a los que se ha hecho referencia antes: el de empresa flexible y el de empresa contratista, en la medida en que ambos se sirven de la subcontratación como forma privilegiada de vinculación de las aportaciones parciales de las diferentes organizaciones que forman parte de la red empresarial a la dirección y objetivos globales de aquella que se sitúa al frente de la misma. De allí que su importancia —y, con ella, la de la técnica contractual de la que normalmente se sirven— corra paralela al peso cada vez mayor que vienen adquiriendo esta clase de organizaciones en la actualidad.” SANGUINETI, WILFREDO. *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas* Lima: Grijley, 2013, págs. 178-182.

<sup>424</sup> “...Italian academic authors suggest that in these cases, the elements of “collaboration” that are present in the employment relationship are such as to justify a degree of subordination, albeit an “attenuated” one, even just understood as “simple availability” of the worker to the directives of the enterprise.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en: CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 59.

casos<sup>425</sup>, ya que se entiende que aunque no exista dirección esto supone una vinculación tal a la empleadora que justifica la protección. Es también entonces, una faceta de la dependencia funcional ya que la actividad que se presta tiene sentido en la medida en que se integra en las actividades de la contratante.

Vemos claramente entonces –con este elemento–, que la figura de la parasubordinación se asimila en mucho a la subordinación al punto que comparte uno de sus elementos principales para su determinación. A su vez, puede constatarse que estamos ante un claro caso de una relación que se entiende que se presta en un tipo de sometimiento y que por lo tanto amerita de protección. Por lo que se concluye que es una relación que se entiende –al presentar un claro sometimiento en cuanto a su prestación– que debe ser protegida no es pues, la relación de partes iguales como se entendería que sería la relación de pura autonomía.

Cada vez parece más evidente que es un mecanismo para permitir que relaciones que requieren claramente de protección –por ser equivalentes a la subordinación–, en la realidad se ven excluidas del régimen de protección estándar el Derecho del Trabajo, porque no encajan dentro del concepto clásico de subordinación aunque existe desequilibrio; todo lo que produce que en la práctica se cree un ordenamiento que permita conferir menores derechos a un figura casi igual a de la subordinación, que por lo mismo debería tener similares derechos y no un régimen claramente inferior.

De cualquier forma, esta figura de protección de la parasubordinación, con base a los elementos de coordinación, colaboración, y continuidad, posteriormente es reformada por la Ley 276/2002 o Ley Biagi, misma por la cual se restringe lo que se considerará trabajo parasubordinado. Así pues, se establece que el mismo será aquel que se realiza

---

<sup>425</sup> “The Corte di Cassazione, in a subsequent decision, stressed that ‘subordination is an essential element of dependent labour; nevertheless it can also be present in attenuated forms by reason of the specific organization of labour and of the type of provision (particularly in the case of simple provisions, of the same type or repetitive) and can be perceived, in these specific circumstances, as making available to the employer the labour resources of the worker with continuity, loyalty and diligence, according to the directions given by the other party’. The doctrine suggests that in these cases, the elements of ‘collaboration’ that are present in the employment relationship are such as to justify a degree of subordination, albeit an ‘attenuated’ one, even just understood as ‘simple availability of the worker to the directives of the enterprise’.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 63

en colaboración, coordinación y continuadamente en el marco de un proyecto; es decir que se vincula el trabajo parasubordinado con la realización de una determinada actividad de naturaleza, en general finita<sup>426</sup>, que además se entiende temporal<sup>427</sup>.

Se fija, entonces, a la figura como una situación anómala, contrario a lo que sucedía con la legislación inicial que la establecía como una figura ampliamente definida y no necesariamente residual ni limitada al campo temporal. Es más, el factor de temporalidad genera una cierta tensión con el de continuidad, ya que por una parte se exige que la prestación sea constante, aunque por otra se entiende que no pretende ser permanente, sino limitada a una actividad; por lo tanto se atenúa también el elemento de continuidad, que se limita a la ejecución del proyecto, por lo que la regulación restringe claramente las relaciones de trabajo que puedan someterse al régimen de parasubordinación.

Adicionalmente, también se restringe la figura de la parasubordinación con respecto a las profesiones que requieren de un registro público para su ejercicio, en general las profesiones liberales; entonces, que se asumen autónomas y que no estarán sometidas a la parasubordinación, con lo que se establece, bajo una presunción sin fundamento, la exclusión de este régimen de una gran cantidad de personas que vuelven a la autonomía<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> “El Decreto-ley 276 de 2003, proferido sobre la base de la Ley 30 del mismo año, disciplina la parasubordinación bajo la nueva categoría de trabajo a proyecto o co.co.pro (colaboración, coordinada, continua en el marco de un proyecto), y recondujo las anteriores co.co.co a trabajos desarrollados bajo un proyecto como elemento de la esencia, con el objetivo de restringir el uso fraudulento de la figura.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, págs. 173-174.

<sup>427</sup> “La exigencia del art. 62 D. Lgs. 276/2003 de que en el contrato quede constancia de que la prestación de trabajo tiene una duración temporal, así como del proyecto deducido en el contrato, permite concluir que entre ambos aspectos existe un vínculo funcional subyacente.” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 38.

<sup>428</sup> “The law requires that all co.co.co. relationships, as defined in Article 409(3) of the civil procedure code, must be linked to one or more ‘specific projects or work programs or phases’ determined by the contractor and managed autonomously by the collaborator (Article 61(1)). Article 61(2) excludes occasional relationships (lasting less than 30 days in a given year) from the scope of the contrato a progetto, unless the remuneration for these short service arrangements exceeds the sum of 5000 euros. Also, all co.co.co. relationships already in place at the time the law was adopted could continue until 23 October 2004. Other exclusions from the scope of the law concern co.co.co. relationships requiring a registration in a professional register of the liberal professions, those involving amateur sport clubs, those concluded with the public administration, commercial agents and representatives, and para- subordinated workers who are already in receipt of a pension. All co.co.co. relationships that are not linked to a project or phase or program are prohibited, and where they are purported to be made in spite of this prohibition they are automatically

Por lo tanto, la figura que inicialmente desde su terminología podía sugerir un gran ámbito de aplicación y que luego es reducido, sufre –con la denominada Ley Biagi– una nueva reducción en su ámbito; lo que hace que cada vez sea menos preciso llamar al régimen como el de los parasubordinados, ya que no alcanza y no pretende llegar a regular las figuras que se encuentren más allá de la subordinación.

De todas formas, para justificar esta reforma se ha querido afirmar que pretende evitar el fraude que supondría someter una relación que realmente sería subordinada al régimen de la parasubordinación; de tal manera, que se considera que si la actividad parasubordinada se vincula directamente con un proyecto, entonces realmente estamos hablando de un servicio autónomo y por ende se justifica la menor protección del parasubordinado.

Al respecto pues, la justificación de la reforma es la prueba de que el trabajador parasubordinado –tal como se concibió inicialmente– es un trabajador claramente sometido por una dependencia funcional y por tanto en desequilibrio; de tal forma que si el subordinado requiere protección, también la requerirá el parasubordinado. En consecuencia, la figura inicial del parasubordinado no justifica que exista un régimen jurídico de menor protección de derechos, cuando se ha reconocido que desde su definición es muy fácil confundirlo con un trabajador subordinado.

Lo razonable hubiera sido que el parasubordinado goce de una protección similar que la del subordinado y no la protección reducida que se ha justificado porque supuestamente estamos ante un trabajo autónomo que se asume debe tener una protección inferior siempre, cuando realmente el hecho de que un trabajo se preste en autonomía, no necesariamente significa que no requiera de protección ya que bien puede encontrarse en desequilibrio o haberse considerado como autónomo equivocadamente por deficiencias en la conceptualización de la división binaria.

En efecto, el parasubordinado surge para incluir una variedad de trabajadores que se encuentran dentro del régimen de autonomía; más hay que recordar que se encontraban

---

converted into a standard open-ended contract (Article 69(1)).” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 76.



en el régimen de autonomía por el fallo que se produce en la calificación de subordinación, que deja sin protección a trabajadores que en realidad la requieren por el solo hecho de que no se incluyen dentro de este concepto restringido e impreciso pese a que se encuentran en una situación de desequilibrio.

Por lo tanto, el hecho de que el grupo de trabajadores que ahora es regulado por la parasubordinación históricamente se haya encontrado en la autonomía y por ende no haya estado protegido, no determina que siempre deba existir una tendencia hacia la desprotección o a una protección mucho más ligera. Por el contrario, una vez que se ha determinado el desequilibrio, lo coherente sería que exista una protección similar a la de otros trabajadores como los subordinados, cuando además se ha concluido que en mucho la figura de los parasubordinados comparte características con aquellos protegidos bajo la subordinación.

Ahora, que con la reforma se vincule a los parasubordinados a un trabajo temporal y precario, para así fundar el hecho de que obtiene una protección inferior, sólo es una ratificación del error que parte en considerar que el trabajo parasubordinado debe tener una suerte de protección inferior. Por lo tanto, se precariza la figura para que se justifique la menor protección, justamente para ir a tono con la teoría liberal y propender a un régimen con menores derechos. Es como haber provisto de unos pocos beneficios sociales inferiores que los que tiene un ciudadano ordinario a una persona, asumiendo que tiene una discapacidad –cuando en realidad debería tener al menos los mismos beneficios–, para luego encontrar que en efecto si tiene discapacidad en realidad esto le pone en una situación extraña al tener una situación inferior que la de los ciudadanos restantes, pero a la vez gozar de menores derechos; para lo cual, se soluciona todo este dilema no equiparando los derechos del discapacitado al del ciudadano ordinario –que en el caso real sería el subordinado–, sino que se garantizaría el régimen que se ha provisto al discapacitado precarizándolo aún más; lo que sin duda, carece de sentido.

En el caso de la parasubordinación italiana se mantiene un sistema de derechos inferiores, asegurando la precarización del parasubordinado al establecer que su labor será siempre temporal, de tal manera que se le reconocen menores derechos aunque se evidencia en un estado de mayor desequilibrio, y por otra parte se restringe la figura al punto de que los otros parasubordinados antes contenidos en la limitada protección de

éste régimen, lejos de incluirse en aquel estricto en cuanto a su alcance de la parasubordinación, vuelven a la desprotección del régimen de la autonomía en general.

La reforma sobre el régimen de parasubordinación no se presenta como un real régimen protector; así, lejos de garantizar un régimen de menores derechos para relaciones precarias como finalmente se hace, se debería propender a que aquellas relaciones en desequilibrio –determinadas por el concepto de subordinación– que no se han protegido por no atender a los conceptos clásicos, ahora deberían ser amparadas; sin convertir al régimen de parasubordinación en un ordenamiento residual que se destine para algunos trabajadores precarizados, para esto basta con la división binaria y alguna regulación mínima para los autónomos en general, no se necesita la creación de una tercera categoría que, en la práctica, suponga casi el mismo régimen de autonomía.

Tal como se ha visto, los requisitos para que un trabajador se encuentre sometido a un régimen de subordinación son estrictos y en general caen dentro de la figura de servicios prestados bajo dirección y control, luego aquello que se ha considerado ordinariamente como parasubordinación no siempre es protegido por la subordinación ya que el elemento de colaboración –que es el que permitiría vincular a estos trabajos con la figura de la subordinación– no siempre es aplicable; por lo tanto, esos trabajadores que antes de la reforma de 2003 estaban protegidos por la parasubordinación por prestar actividades continuadas, coordinadas y de colaboración, ahora, lejos de someterse al régimen de la subordinación que es rígido y estricto, muy probablemente pasarán al de la autonomía al no encontrarse su actividad limitada a un determinado proyecto.

Aunque es verdad que la norma establece que los trabajadores en actividades de colaboración, coordinación y continuadas, pasarán a someterse a un régimen de subordinación en realidad, será muy difícil que se aplique la norma y que se asuman las relaciones con esas características como laborales ya que para ello se requerirá de una calificación previa de la relación de trabajo que, como se ha visto, en Italia particularmente no funciona.

Luego pues, lo que ocurrirá es que al restringirse el ámbito de aplicación de la parasubordinación, muchas menos relaciones serán protegidas por ese régimen; mientras que las relaciones coordinadas, continuadas y de colaboración, simplemente dejarán de

cumplir alguno de los elementos establecidos de facto -cuando se celebren los contratos entre trabajadores y empleadores-, para pasar a un régimen de autonomía, que resulta sumamente desprotector en la medida que genera absoluta libertad al empleador para establecer sus condiciones.

Por lo tanto, la reforma aunque de iure alega otro interés, en la práctica no logra que los parasubordinados pasen a la protección del régimen de la subordinación, como se alega<sup>429</sup>, sino que pasan al régimen de total desprotección de la autonomía, y hace que además, sea más difícil alcanzar que se aplique el régimen de parasubordinación; por lo que, como resultado, solo se restringe la protección y se excluyen a más personas de un sistema de protección de Derecho que, si bien es disminuido, es mejor que el régimen de autonomía; de ahí que la reforma planteada no mejora el régimen de la parasubordinación sino que lo entorpece<sup>430</sup>.

Sin duda la intención de la legislación es establecer una casuística mucho más limitada de aquello que se considerará como trabajo parasubordinado, justamente como un mecanismo por el cual se reduzca el universo de las personas que puedan verse protegidas por esta figura.

Adicionalmente, el hecho de que el trabajo sea coordinado, continuado, en colaboración y vinculado con un proyecto, en nada varía que se cumplan los elementos esenciales como la colaboración, que determina que realmente es una relación que debe ser protegida por entenderse subordinada.

Por lo tanto, se sigue manteniendo un régimen de inferiores derechos para unos trabajadores que, desde una perspectiva amplia, cumplen con el requisito de

---

<sup>429</sup> “Como se ha adelantado, con ocasión de la reforma del empleo y del mercado de trabajo de 2003, el legislador exigió que en el futuro, con ciertas excepciones —contratos de agencia y colaboración comercial, colaboraciones ocasionales, profesionales colegiados y contratos concertados con las Administraciones Públicas— las relaciones de colaboración continuadas y coordinadas sin vínculo de subordinación sean reconducibles a uno o varios proyectos, programas de trabajo o fases de los mismos gestionados de forma autónoma por el colaborador. Se trataba con ello de reconducir el trabajo parasubordinado tradicional “al ámbito del trabajo autónomo genuino, evitando las prácticas fraudulentas consistentes en calificar como relaciones coordinadas y continuadas supuestos que presentaban, en cambio, los trazos tipológicos del trabajo subordinado” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 35-36.

<sup>430</sup> KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 77.

subordinación incluso si su actividad se realiza vinculada para un proyecto; por lo que, finalmente, todo el sistema solo es una justificación para garantizar la desprotección de trabajadores que en el fondo deberían tener un régimen similar que el de la subordinación, y para limitar el alcance de la parasubordinación, que ya de por sí no otorga mayores derechos, pero que además los mismos son restringidos en la medida que con la reforma será más difícil que una persona sea considerada como parasubordinada.

En consecuencia, este tercer concepto solo encubre relaciones de trabajo que deberían ser realmente protegidas, sin que se encuentre una clara diferencia con la subordinación; por lo que solamente es un sistema de flexibilización, ligeramente complicado, que los pocos derechos que confiere también se limitan en cuanto a los posibles sujetos activos del mismo de una manera estricta y que pretende ser un sistema que aparentemente preste mayores derechos a grupos históricamente desprotegidos cuando en realidad es un sistema restringido que limita su aplicación, y que en el fondo incluso si se aplica no presenta una provisión de mayores derechos a esta nueva categoría de trabajadores.

### **13.2. GENERACIÓN DE UN TERCER CONCEPTO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA**

Otro de los mecanismos fundamentales por los cuales se ha precisado el concepto de un tercer régimen de protección es el dependencia económica, mismo que se ha usado en el caso alemán para definir a aquellos trabajadores que se encuentran protegidos por un tercer régimen que no se enmarca claramente dentro de la definición de la autonomía y mucho menos de la subordinación.

Solución que además –lejos de lo que se intenta muchas veces afirmar– no es la única, ya que en muchos casos la dependencia económica se ha considerado como elemento suficiente para aplicar todo el régimen de protección laboral y no un régimen atenuado, como sucede en Alemania.

Tan es así que, cuando se establecía en un inicio dentro del Derecho del Trabajo, cuál debe ser el concepto para determinar la protección del Derecho Laboral, uno de aquellos que se discutieron con amplia relevancia, como suficiente para determinar que debe

aplicarse la protección del Derecho del Trabajo fue el de la dependencia económica<sup>431</sup>. Por lo tanto, no es una verdad en sí misma que la dependencia económica no debe generar protección, sino que cuando más es una simple apreciación de la realidad; lo cual es claro cuando se encuentran ordenamientos como el portugués que ante la dependencia económica, confiere una protección asimilable a la de los trabajadores subordinados.<sup>432</sup>

Así dentro de este apartado, se analizará el régimen que se le confiere a la dependencia económica como suficiente para otorgar una protección inferior desde una perspectiva altamente crítica.

Al respecto, este tercer concepto alemán al que nos estamos refiriendo es el de *Arbeitsnehmerähnliche personen*. Para que se aplique esta categoría se han delineado tres elementos, por una parte que el trabajo se preste personalmente, hecho que determina la existencia de una prestación en desequilibrio que requiere de protección; así mismo, es necesario que el trabajo se realice bajo dependencia económica, lo que significa desde la perspectiva alemana que más de la mitad de los ingresos del trabajador deben provenir del servicio prestado, lo que permite observar que no se exige una dependencia comercial<sup>433</sup> ya que la regla permite que el trabajador bien pueda prestar sus servicios a

---

<sup>431</sup> “En muchos países europeos, se discutió este criterio de la dependencia económica, pero no se adoptó para caracterizar el contrato de trabajo. Aún lamentando su imprecisión, se prefirió un criterio de carácter jurídico: el de la subordinación del trabajador a las órdenes del empresario.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 136.

<sup>432</sup> “...Portugal, por su parte, en el Código do Trabalho –aprobado por la Ley 99/2003– utiliza como técnica de regulación de los trabajadores autónomos la extensión del régimen laboral a los trabajadores dependientes económicos, a través de la figura denominada “contratos equiparados”, prevista en el artículo 13: Quedan sujetos a los principios definidos en éste Código, incluyendo los derechos personales, igualdad y no discriminación y seguridad, higiene y salud en el trabajo, sin perjuicio de la reglamentación en legislación especial, los contratos que tengan por objeto la prestación de trabajo, sin subordinación jurídica, siempre que el trabajador deba ser considerado en dependencia económica del beneficiario de la actividad. La tesis portuguesa se matricula en la ampliación del ámbito de protección, incluyendo a los dependientes económicamente en el tradicional Derecho laboral, de forma que en lugar de construir un régimen especial para los autónomos, cuando éstos están sujetos al ingreso de un cliente/beneficiario son destinatarios de las normas laborales clásicas.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 166.

<sup>433</sup> “2) Dependencia económica: Una persona independiente desde el punto de vista organizativo es un cuasitrabajador si depende económicamente solo de un ordenante. Su existencia económica resulta del salario de ese ordenante. Por eso no es dependiente en cuanto a la organización del trabajo, pero sí en cuanto a la economía. La dependencia económica no supone necesariamente la exclusividad, ya que se puede ser económicamente dependiente aún trabajando para varios empresarios, siempre que se reciba de una sola persona más de la mitad de los ingresos totales (considerando que es la misma persona tanto una empresa como un grupo de empresas).” VELASCO, MARÍA TERESA; FRÖLICH, MARTÍN. *El trabajador*

otras personas hasta por el 49 por ciento de sus ingresos, lo que a su vez determina que la protección se genera desde que se construye una dependencia económica no tan marcada, lo que justificaría un régimen protector no tan extenso en cuanto a los derechos que provee, ya que no existe un sometimiento tan intenso. Finalmente, este régimen también exige como requisito para la protección, que esta relación –similar a la parasubordinación– se encuentre en una situación de protección asimilable a la del subordinado;<sup>434</sup> siendo este, pues, el requisito más discutible del sistema.

Así, si en el fondo se reconoce que para que se aplique el régimen de *Arbeitsnehmerähnliche personen*, este debe determinar una necesidad de protección que sea asimilable a la del trabajador subordinado, por otra parte no tiene ningún sentido que no se le entregue la misma protección. Es más, ya desde la misma terminología se deduce que la naturaleza de la relación es totalmente asimilable a la del trabajador subordinado, pese a lo cual se debe reconocer que la protección que establece se encuentra claramente reducida con respecto a ellos.

Esto se podría explicar puesto que la figura de *Arbeitsnehmerähnliche personen*, realmente no nació a partir de un ordenamiento jurídico que lo configuró desde una perspectiva integral, sino que, como ocurrió en el caso italiano, comenzó para conferir derechos procesales a trabajadores en sus reclamaciones. Así pues, su génesis es residual y no contempla derechos sustantivos, mismos que sólo son desarrollados posteriormente; eso sí, habrá que reconocer que los mismos tiene una envergadura mucho más amplia que el régimen de la parasubordinación, por lo que se puede decir que estamos ante una suerte de evolución de estos conceptos en la medida en que diversas leyes han utilizado

---

económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. En *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág. 128.

<sup>434</sup> “La tercera categoría es aquella de las personas parecidas a los asalariados (*arbeitsnehmerähnliche personen*), que trabajan en el marco de un contrato de servicios libres o de un contrato de empresa, pero para una sola persona que les da órdenes y del cual dependen económicamente. Estas personas, jurídicamente son trabajadores independientes, pero la ley les aplica una serie de disposiciones del derecho del trabajo en materia de vacaciones, de conflictos de trabajo o de convención colectiva. La dependencia económica se caracteriza por el hecho de que: — El trabajador labora solo (sin la asistencia de otros asalariados). — Obtiene más de la mitad de sus ingresos profesionales por los servicios dados a la principal persona bajo la cual está a sus órdenes. — Su necesidad de protección social es similar a la de un trabajador asalariado”. SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 783.

el concepto de *Arbeitsnehmerähnliche personen* para determinar la aplicabilidad de algunas normas protectoras.

Así por ejemplo, además de derechos procesales para exigir sus pretensiones ante la justicia laboral, también existen normas contra acoso sexual, seguridad social, vacaciones, sindicación y contratos colectivos; por lo que se ha reconocido un importante catálogo de derechos claramente mayor que el de la parasubordinación, pero evidentemente menor que el de los subordinados.<sup>435</sup> Así por ejemplo, estos trabajadores carecen de la protección sobre despido propia de los trabajadores ordinarios<sup>436</sup>, por lo que en este aspecto se aplica una situación jurídica similar a la de los autónomos.

Sin duda este no es un régimen de trabajadores subordinados ya que en nada su regulación se asemeja a los mismos. Claramente, lo que se intenta es conferir algún tipo de protección a relaciones de autónomos; aunque lo mismo no está expresamente declarado pero se entiende a nivel doctrinario<sup>437</sup> puesto que es un régimen con mínimas protecciones y que privilegia la libertad contractual. Siendo la característica sustancial para conferir protección el hecho que se considera que hay un elemento de desequilibrio<sup>438</sup> que justificaría algún tipo de protección; mas, en todos los casos sin que

---

<sup>435</sup> “1. The quasi-employees are only mentioned in a few laws, sec. 12 a TVG, Tarifvertragsgesetz, Law on Collective Bargaining, sec. 5 para. 1 sentence 2 ArbGG, Arbeitsgerichtsgesetz, Law on Labor Conflicts, sec. 2 sentence 2 BUrtG, Bundesurlaubsgesetz, Law on Paid Leave, sec. 2 para. 2 no. 3 ArbSchG, Arbeitsschutzgesetz, Health and Safety Law, sec. 1 para. 2 no. 1 BeschSchG.” WANK ROLF. Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. *The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004, pág. 141.

<sup>436</sup> “Hay que destacar que no se trata de una asimilación plena a los trabajadores subordinados, y por tanto no se les aplica en general el derecho del trabajo. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que no estén dentro del ámbito de aplicación del *Kündigungsschutzgesetz* (ley de protección contra el despido). Es decir, que el casi-trabajador no tiene protección especial en este sentido, de manera que el empresario puede extinguir su contrato de arrendamiento de obra o servicios en los términos pactados en el propio contrato, siendo de aplicación la normativa general del Código Civil.” VELASCO, MARÍA TERESA; FRÖLICH, MARTÍN. El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág. 130.

<sup>437</sup> “...All in all, it could be said that in Germany, in both legal theory and practice, quasi-salaried workers (*arbeitnehmerähnliche Personen*) are considered as belonging to the self employed category and, more precisely, as forming a subcategory in need of grater protection than that provided most self-employed persons. Some of the legal protections (eg holidays, social security pension benefits) afforded employees are extended to quasi-workers.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014.

<sup>438</sup> “...En todo caso, se entiende que esa intensa dependencia económica de este singular trabajador autónomo, acentúa el rasgo de desequilibrio contractual del autónomo, lo que determina una regulación de más intensa comparativamente con la que se proporciona al resto de los trabajadores autónomos.” CRUZ, JESÚS. *Trabajador autónomo económicamente dependiente*, en: BAYLOS, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA, RODRIGO. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014, págs. 2019-2025.

se asuma que este elemento es suficiente para enmarcarse dentro del concepto de subordinación.

En Alemania, ordinariamente se ha manejado como concepto delimitador de las relaciones protegidas el hecho de que el trabajador se someta o no la dirección y control en la prestación del servicio a su empleador<sup>439</sup>; es decir, que ordinariamente ha existido un apego a la teoría clásica en cuanto a definir la relación de trabajo protegida, que – como se ha visto en el título previo– sólo últimamente se ha ido ampliando ante la extrema restricción que impone el concepto de la subordinación.

Esto es lo que determina que el concepto de la dependencia económica no se haya considerado como suficiente para determinar que deba existir la protección propia del Derecho Laboral; es decir, por la aplicación práctica de lo que se ha considerado como la relación de trabajo protegida, solo serán tuteladas aquellas relaciones que se encasillen estrictamente dentro del concepto de subordinación, cosa que justifica que el concepto de la dependencia económica no se encuentre protegido por el régimen laboral, que solo es aplicable ante la existencia de subordinación.

De todas formas, se ha considerado que la dependencia económica debe requerir algún tipo de protección y en esa virtud, sin reconocer que debe ser el mismo régimen de los subordinados, es que se confiere a la dependencia económica una protección mucho más laxa.

Luego, el primer punto que cabe considerar es si filosóficamente la dependencia económica supone un desequilibrio que amerite una protección inferior que la que, por ejemplo, pueda tener un trabajador que se encuentre sometido a un régimen subordinado; de forma tal que se justifique que una relación donde existe dependencia económica tiene que estar menos protegida.

Al respecto, la subordinación genera que un trabajador al prestar sus servicios, se encuentre sometido –en cuanto a la forma en que realizará el trabajo– a una dirección del empleador; lo que evidentemente le pone en una situación que amerita un régimen

---

<sup>439</sup> “La figura básica, naturalmente, es la del trabajador subordinado, de cuya concreción depende que se aplique o no el Derecho del Trabajo. A pesar de ello, el ordenamiento laboral alemán no contiene ninguna definición legal de trabajador. El legislador no se ha atrevido a elaborar una definición general, limitándose a establecer si en determinadas áreas especiales de la periferia se aplica el Derecho del Trabajo o no.” VELASCO, MARÍA TERESA; FRÖLICH, MARTÍN. El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág. 126.



protector que le garantice unas mínimas condiciones, puesto que se asume que muy probablemente el trabajador no presentará igual poder de negociación que el empleador. Así mismo, si se analiza el concepto de dependencia económica –que en líneas generales supone que un trabajador depende de su empleador para la obtención de buena parte o la mayoría de ingresos– podrá observarse que el hecho de depender de una persona para obtener la mayoría de los ingresos sin duda pone a la persona sometida a una clara situación de desequilibrio, que evidentemente incluso es más fuerte que el hecho de estar controlado en cuanto a la prestación de sus servicios; por lo tanto, analizadas las situaciones de la dependencia económica en comparación de la subordinación, desde una perspectiva de fondo, se encuentra que la dependencia económica supone un sometimiento igual o mayor que el provocado por el control y dirección de las actividades.

Luego, será muy difícil sostener que, aunque la dependencia económica genera un gran sometimiento no goce de la protección de otras relaciones como la del trabajo subordinado, que por su desequilibrio se beneficia de un sistema que lo tutela.

Si bien es cierto que el concepto de la dependencia económica no se enmarca dentro del concepto de subordinación –tal como se ha analizado–, este no es argumento suficiente para que no se genere protección ya que, en el fondo, la subordinación sólo es un medio para conocer el desequilibrio; mas no es el fin de protección en sí misma, luego no se puede asumir que todo lo que no presente subordinación no deba ser protegido, ya que bien podrían haber relaciones donde no existe subordinación– entendida como la dirección y control de las actividades–; mientras que por otra parte, existan otro de tipo de sometimientos que exija la aplicación de un régimen protector a favor de esa persona que carece de un poder de negociación para establecer condiciones equitativas dentro de un contrato para la prestación de servicios, justamente porque existen elementos que claramente demuestran que se encuentra en un desequilibrio que limita su poder de negociación.

De todas formas, este fallo es generado por la concepción clásica del Derecho del Trabajo que asume como si fuera un fin de la disciplina en sí mismo, la protección sólo del subordinado; entendiéndose que este concepto únicamente puede aplicarse desde una perspectiva clásica y reducida.

Así pues, porque no se aplica el concepto de subordinación, el dependiente económico queda exento del régimen de protección, cuando es evidente que se encuentra en una

situación tal que requiere de una protección similar a la que se considera que debe tener el trabajador subordinado. Este es entonces, el principal error de estas teorías puesto que consagran la definición binaria centrada en un concepto restringido de la subordinación, que es un concepto claramente fallido que no permite establecer con precisión cuándo se requiere de protección; y en tal virtud, los terceros conceptos se crean a partir de esta idea, frente a lo cual se sigue creando protección inferior para trabajadores que pueden estar en un desequilibrio que bien puede exigir la aplicación del régimen ordinario.

Evidentemente, la creación de este régimen permite que existan trabajadores que requieran claramente de protección ya que la misma legislación reconoce que hay un elemento como la dependencia económica que determina un desequilibrio que justifica un amparo en especial de todas formas, no se aplica un régimen claramente protector, prefiriéndose un sistema de menos derechos que está más a tono con las corrientes que propugnan que mientras menos protección, se tendrá un sistema laboral más saludable.

Lo único que sí se demuestra es que es un régimen incoherente en cuanto se ata a la definición de subordinación clásica, no para defender a quien se encuentra en desequilibrio, sino con la finalidad de crear un régimen con una menor protección, de forma tal que se asume que la dependencia técnica solo por no adaptar al concepto de subordinación –que es el históricamente protegido- aunque evidencia la existencia de desequilibrio, ahora tendrá que presentar una desprotección crónica continua. Es como si se asumiese que el hecho de que una relación en desequilibrio por más fuerte que sea este –por haber sufrido una histórica desprotección- tendrá que siempre tener un sistema de menores derechos; validando además una interpretación de la subordinación que cada vez es menos aplicada y dejando con menor protección a un trabajador como el económicamente dependiente, que está virtualmente en la misma posición de desequilibrio que el subordinado<sup>440</sup>.

---

<sup>440</sup> “...How does one distinguish genuine contractors from the not-so- genuine ones? A method needs to be found that allows dependent contractors to be offered at least some of the protections available under labour law. Economically, dependent contractors are as vulnerable as employees proper.” VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009, págs. 49-50.

### 13.3. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

Al igual de lo que ocurre en Alemania, en España se ha configurado un tercer régimen fuera de la protección de los subordinados y más cercano al de los autónomos para los trabajadores que se han denominado como trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Al respecto, lo primero que resalta del régimen español es que la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente se genera fundamentalmente por una norma sustantiva que prevé la creación específica de esta relación; a diferencia de lo que sucede en Alemania e Italia, donde el *Arbeitsnehmerähnliche personen* y el parasubordinado son figuras que primordialmente nacen de una protección procesal que se confiere a los mismos, y que sólo progresivamente se amplía a derechos sustantivos. Es decir, que el régimen español, más allá de la timorata propuesta italiana y de la poco sistemática propuesta alemana, hace una propuesta directa de regulación de este trabajador autónomo económicamente dependiente, que se instrumenta en un ordenamiento jurídico que expresamente se configura con el fin de establecer un tercer concepto entre la subordinación y la autonomía que no discute la división binaria y ni siquiera la definición de la subordinación, de tal manera que establece su regulación dentro del pleno reconocimiento del sistema clásico del Derecho del Trabajo<sup>441</sup>; por lo que por otra parte, en este punto no presenta ninguna novedad, comparado con los más añejos sistemas italiano y alemán.

En cuanto a los requisitos que deben configurarse para que se produzca el trabajo autónomo económicamente dependiente, la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo regula expresamente esta categoría, y en particular dentro del artículo 11 se señala como requisito para la configuración de una relación autónoma

---

<sup>441</sup> “Estatuto del autónomo empieza donde termina el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. La norma no pretende alterar en nada la tradicional frontera entre autónomos y asalariados; mantiene a todos los efectos el elemento caracterizador de la subordinación que ha marcado desde siempre la separación entre ambos, sin pretender el Estatuto del autónomo ampliar el espacio jurídico y social del trabajo autónomo en detrimento del ámbito aplicativo de la legislación laboral; ni viceversa, extender las instituciones propias y exclusivas del trabajo subordinado al ámbito del trabajo autónomo.” CRUZ, JESÚS. *Trabajador autónomo económicamente dependiente*, en: BAYLOS, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA SCHWARZ, RODRIGO. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014, págs. 2019-2025.

económicamente dependiente que el trabajador al que se le aplica realice la actividad a título oneroso, es decir que se excluyen las actividades gratuitas.

También se requiere que la actividad que se ejecuta sea habitual, lo que implica que no sea la ejecución de un servicio excepcional, es necesario entonces, que esta sea la actividad ordinaria del trabajador, justamente para que tenga sentido la protección que se le confiere; con lo que se distancia del sistema italiano que considera la protección en la medida que el trabajo sea temporal, o en general atado a un proyecto.

Adicionalmente, la actividad a realizar deberá ser personal, lo que implica que el trabajador no haya podido crear una estructura empresarial que le permita encargarse de las actividades para las que se comprometió a otras personas. Siendo estos los elementos propios que también se observan para determinar si una persona será protegida por el Derecho del Trabajo ordinariamente, por lo tanto, es una figura que hasta aquí coincide en mucho con la del trabajador subordinado.

De todas formas, la característica principal de esta figura es que se preste el servicio contratado mediando una dependencia económica, que debe ser al menos del 75 por ciento de sus ingresos.<sup>442</sup> Por lo tanto, la dependencia que requiere el ordenamiento laboral español para que se configure la figura del trabajador autónomo económicamente

---

<sup>442</sup> “Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. 2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones: a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla. 3. Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.” LEY 20/2007 DE 11 DE JULIO DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO.

dependiente, es bastante alta si se la compara con el régimen alemán, por ejemplo.

Luego, lo que sí cabe concluir es que se configuran varios elementos que determinan un abierto desequilibrio entre quien presta el servicio bajo la figura del contrato autónomo económicamente dependiente y quien lo recibe; hecho que no se puede entender de otra forma, si entre los requisitos para su configuración se establece que el 75% por ciento de los ingresos del trabajador deberán depender de esta relación.

Además pues, para precisar de mejor manera quién debe ser trabajador autónomo económicamente dependiente, no solo hace falta que se cumplan los elementos antes previstos. En consecuencia, existen expresas exclusiones pese al cumplimiento del supuesto jurídico antes relatado.

Al efecto, además de los requisitos previos, se reafirma el requisito de personalidad en la medida que se especifica que el trabajador, para ser autónomo económicamente dependiente, no podrá tener a su cargo trabajadores y ni siquiera subcontractar el servicio que debe prestar, ya que la norma en estos casos entiende que el trabajador ha logrado un nivel de desarrollo organizacional que impide que goce de la protección del autónomo económicamente dependiente.

También se requiere, para que se configure este ordenamiento, que el trabajador no ejecute la labor de manera indiferenciada con los trabajadores subordinados, podría entenderse que esto se establece para que no se enmarque en la figura de la dependencia económica a trabajadores que deban gozar de la misma protección que los asalariados. De todas formas, esta no es la consecuencia que produce esta disposición; así, si existe un trabajador que preste sus servicios de manera económicamente dependiente, habitualmente, de manera personal y por una remuneración, no se considerará en estricto sentido que se le protege por el Derecho del Trabajo, que requiere que se configure una subordinación que en este caso no existe –aunque en la práctica cumpla funciones iguales que la de los subordinados–; por lo que este trabajador hipotético, lejos de pasar al régimen de subordinación como al parecer lo intenta señalar la norma pasaría, al no cumplir con los elementos de protección, al régimen de menor protección del autónomo en general.

Adicionalmente, para que exista esta relación, se requiere que el trabajador sea

independiente en cuanto a los recursos que se necesitan para la ejecución del servicio que preste, requisito que aparece pues, para justificar la existencia de una autonomía. De todas formas, vale preguntarse qué sucede si el trabajador autónomo no cumple con este requisito; es decir si presta sus servicios habituales, de forma económicamente dependiente, por una remuneración, y de manera personal, pero con dependencia material de la empresa, aunque sin subordinación –asumiendo que no recibe órdenes ni dirección en la ejecución de su prestación–.

Si se produce este caso, el trabajador que está doblemente sometido, tanto económicamente como materialmente, pero no subordinado, desde una perspectiva estricta de la interpretación de la subordinación podría quedar desprotegido; aunque evidentemente se encuentra en una relación de desequilibrio, por lo que ordinariamente los trabajadores autónomos económicamente dependientes si no cumplen los requisitos establecidos para evitar que situaciones de subordinación se encubran en las de dependencia económica, lejos de pasar a ser protegidos por el régimen de la subordinación que sería lo coherente, pasan a que se les aplique el régimen civil y mercantil del autónomo en general; por lo que, en la práctica, por los requisitos para la configuración de la relación autónoma económicamente dependiente, lejos de ser ésta inclusiva y de tender a proteger a quien más lo necesita al encontrarse en desequilibrio, presenta una tendencia ampliamente restrictiva en cuanto al marco de su aplicación.

Otro de los requisitos para que se configure el régimen de la autonomía económicamente dependiente es que la prestación de servicios se realice sin que medie dirección y control. En este caso, el requisito es más coherente, ya que si existe esta situación se cumplirá el elemento de subordinación, y entonces el trabajador en desequilibrio pasará a ser protegido por un régimen mejor que el del autónomo económicamente dependiente, el laboral. De todas formas en este caso aunque exista subordinación, si la nota de ajenidad no se cumple, bien podría el trabajador en desequilibrio quedar fuera de la protección del Derecho del Trabajo; por lo que este requisito podría surtir los efectos, también, de dejar en desprotección a un trabajador claramente en desequilibrio.

También se requiere que el trabajador preste sus servicios por cuenta propia, asumiendo los riesgos de la actividad, esto igual que con el requisito anterior, implica que si existe un trabajador económicamente dependiente que no asuma los riesgos de la prestación de

sus servicios –es decir que tenga un beneficio adicional que puede ser conferido por el propio contrato, como sería percibir una ingreso fijo sin importar su productividad–, por este hecho se excluiría de la protección, más en este caso, igualmente no necesariamente pasaría ese trabajador al régimen del asalariado ya que podría considerarse que no existe subordinación; de tal forma, que aunque se pretende evitar que una persona que cumpla alguno de los requisitos del trabajador asalariado no se someta a un régimen inferior en derechos del trabajo, que sería el autónomo económicamente dependiente, por otra parte, también podría quedar fuera del trabajo subordinado al no cumplir tampoco todos los requisitos para que obtenga la protección propia del trabajador asalariado.

Por lo que en la práctica estamos ante un régimen de protección que define su alcance desde una perspectiva bastante restrictiva que además si no se cumple tiende a remitir al trabajador al régimen liberal de la autonomía, y no al de la protección; aunque estemos ante el cumplimiento de requisitos que demuestren la existencia de desequilibrio que justifiquen que haya protección, ya que como se observa, además de que se configure la dependencia económica, también se requiere el cumplimiento de otros múltiples requisitos para que configure la protección del sistema.

Luego, y en cuanto al régimen jurídico específico establecido para el trabajo autónomo económicamente dependiente, hay que encontrar que es evidente que aunque se ha reconocido que este es un sistema que requiere de protección –por ser una relación desequilibrada, lo que permitiría la aplicación de normas, automáticamente, como sucede con aquellas que pretenden proteger este tipo de situaciones–; por el contrario, se crea un claro régimen de autonomía y de libertad contractual, como paso a detallar.

Así, la configuración del mismo contrato de autonomía bajo dependencia económica no se aplica de manera automática ante la existencia de los elementos previstos, por el contrario, es el trabajador quien tiene que denunciar la existencia de la situación de dependencia económica, y luego, si el empleador no la reconoce incluso se va a un proceso judicial; por lo tanto, la misma aplicación del régimen supone un primer conflicto que nace a partir de la idea de que al ser una contratación regida por el principio de libertad contractual, de manera preferente se aplicará por el consentimiento de las partes y sólo luego de una decisión judicial, se podrá imponer –e incluso en este caso no desde que se inició la relación sino desde que se haya solicitado por parte del trabajador

la aplicación del régimen del autónomo económicamente dependiente—<sup>443</sup>; por lo que en la práctica es un régimen protector bastante atenuado que deja la carga probatoria de la existencia del mismo al autónomo económicamente dependiente que además es quien se supone que se encuentra en desequilibrio.<sup>444</sup>

No solo eso, el régimen que se aplica al trabajador autónomo económicamente dependiente es uno que prevé una protección bastante disminuida y que es un ordenamiento más típico de una relación civil que de una relación protegida. Así, por ejemplo, se permite la existencia de acuerdos de interés profesional, aunque sometidos al ordenamiento civil. De igual forma, en cuanto a la jornada no existen máximos, sino que se deja su delimitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Sólo se establece, en este ámbito, un período de vacaciones que en todo caso solo se tendría que respetar por el empleador dentro de la relación autónoma económicamente dependiente.

A su vez, no existe regulación de una remuneración mínima dentro de la norma, por lo que también se deja este ámbito a la libre determinación de las partes; igualmente en cuanto a la terminación del contrato se establecen disposiciones casi innecesarias ya que prácticamente coinciden con las causas de terminación de un contrato civil, que no prevé

---

<sup>443</sup> “Artículo 11 bis. Reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente. El trabajador autónomo que reúna las condiciones establecidas en el artículo anterior podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente. En el caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 12 de la presente Ley. En el caso de que el órgano jurisdiccional del orden social reconozca la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente al entenderse cumplidas las condiciones recogidas en el artículo 11 apartados 1 y 2, el trabajador solo podrá ser considerado como tal desde el momento en que se hubiere recibido por el cliente la comunicación mencionada en el párrafo anterior. El reconocimiento judicial de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior al momento de dicha comunicación.” LEY 20/2007 DE 11 DE JULIO DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO.

<sup>444</sup> “El art. 12.1 LETA enfatiza la exigencia de formalización por escrito del contrato, añadiendo a continuación que el trabajador autónomo deberá hacer constar en él su condición de económicamente dependiente del cliente que le contrate. El art. 2. 2 del RD 197/2009 exige, por su parte, que previamente a la celebración del contrato el trabajador autónomo que se considere económicamente dependiente comunique dicha condición al cliente, “no pudiendo acogerse al régimen jurídico establecido en este Real Decreto en el caso de no producirse dicha comunicación”. Estas previsiones tienden a garantizar que no se imponga al empresario cliente la aplicación de un régimen —el propio del TAED— que no desea cuando ignora la concurrencia de los requisitos que configuran tal condición” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 78.



ningún tipo de protección. Cualquier indemnización que se provoque por la terminación del contrato del autónomo económicamente dependiente se rige por las reglas generales del régimen de los contratos, de tal forma que no existe en este punto ningún régimen protectorio.

Por otra parte, una de las normas protectoras de este régimen es aquella que permite al trabajador la interrupción de la prestación del servicio por causas ya fijadas por la norma, lo que en principio permite dejar de prestar su servicio si estas se configuran, sin que esta sea una justa causa para la terminación del contrato, lo que sería totalmente evidente en un régimen de protección. De todas formas, incluso y frente a esta pequeña protección se establecen excepciones para su aplicación; así pues, estas interrupciones aunque se deban a causas de fuerza mayor o incapacidad temporal, maternidad y paternidad, si se considera que estas interrupciones ocasionan un perjuicio grave al cliente, incluso ante estas situaciones se puede terminar el contrato; por lo tanto, es un régimen a veces hasta más laxo que el civil ya que ordinariamente dentro del régimen civil la fuerza mayor es un eximente de responsabilidad, lo que por ejemplo, en este caso no siempre se produciría.

Finalmente, se reconoce como beneficio en este régimen para el trabajador autónomo económicamente dependiente, la posibilidad de someter las controversias que se susciten –con respecto a esta regulación– a la jurisdicción de orden social; así como también y al igual que a los otros autónomos, se les confiere el derecho de libertad sindical, y la protección de la seguridad social. Por lo tanto, puede observarse que es un régimen mayoritariamente civil, con algunos elementos de protección.

En consecuencia, este tercer sistema se encuentra claramente atado a la división binaria en virtud de la cual se define al trabajador autónomo económicamente dependiente, con respecto del cual se intenta que en ningún caso pueda confundirse con el subordinado, así como también se intenta diferenciarlo del autónomo; claro está, aplicando los conceptos delimitadores de estas dos categorías sin cambiar en nada la definición de la relación de trabajo protegida.

Luego, otro punto que es interesante es que este trabajador autónomo económicamente dependiente, realmente, aunque aparenta ser un tercer género de trabajadores, no lo es

en estricto sentido puesto que expresamente existe la declaración de que estamos ante un trabajo autónomo; lo que en los casos italianos y alemanes sólo se presume, mientras que en el caso español no hay duda que es un tipo de trabajo autónomo, de ahí que en estricto sentido cabe dentro de la división binaria<sup>445</sup> como un apartado dentro de la misma, siendo un tercer régimen solo en la medida en que se diferencia de la regulación general para la autonomía, aunque directamente es un tipo de autonomía.

Ahora, en el fondo la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente presenta una protección jurídica mayor que la del autónomo en general, puesto que la legislación considera que la dependencia económica determina la existencia de un desequilibrio que tiene que encontrar una protección; y es en este punto que inician las principales discusiones que presenta el sistema.

Así pues, la primera pregunta que surge sobre la naturaleza de la relación jurídica que protege este régimen que es materia central de este trabajo es conocer si la dependencia económica puede caber dentro de la figura de autonomía o si esto supone una clara contradicción del sistema. Sobre el tema cabe recordar que en el régimen español el concepto delimitador de la relación de trabajo protegida es en este aspecto, textualmente, la subordinación.

En virtud de esto, la justificación para esta formulación de la relación como autónoma y económicamente dependiente que se ha dado es que el trabajador es autónomo en la medida en que no existe subordinación, mientras que es dependiente puesto que se configura la dependencia económica; por lo que se conjugan estas dos características en una misma situación<sup>446</sup>, ya que la subordinación no engloba a la dependencia económica,

---

<sup>445</sup> “...De esta manera, España se encuentra hoy día entre el grupo de países que tienen un concepto jurídico de TRADE, y que además se haya definido legalmente. A pesar de que la ley habla de delimitar las tres “categorías” de trabajadores (autónomos, TRADE y subordinados), consideramos que realmente nuestro ordenamiento sigue estableciendo un modelo binario, y que el TRADE es un tipo de trabajador autónomo. Prueba de ello es su regulación dentro del Estatuto del Trabajo Autónomo.” VELASCO PORTERO, MARÍA TERESA; FRÖLICH. MARTÍN. El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág.124.

<sup>446</sup> “...Al ser autónomos desde el punto de vista organizativo, no pueden ser incluidos dentro del ámbito de la legislación reguladora del contrato de trabajo, no pueden ser incluidos dentro del sentido más tradicional de lo que constituye la legislación laboral; pero, al propio tiempo, al ser dependientes desde el punto de vista económico, se constata una clara situación de desequilibrio contractual entre la posición de poder material de la empresa cliente para la que trabaja y el propio autónomo que, en un contexto de marcada

cosa que de acuerdo a la definición que en este trabajo se ha dado de la subordinación es correcto en la medida que la subordinación se puede entender como un tipo de dependencia y la dependencia económica también; siendo luego, dos tipos de dependencia distintos, de tal manera que si se configura el uno no necesariamente se configurará el otro.

Luego, el hecho de que se considere que una relación dependiente económicamente, no puede dejar de ser subordinada, solo sería aplicable en el caso de que se presuma que la subordinación es un concepto genérico asimilable a la dependencia, de tal manera que la dependencia económica sería un tipo de subordinación; por ende, siempre que existiría dependencia económica, se produciría subordinación, ya que este concepto sería el género donde una de las especies del mismo es la dependencia económica. Pero dado que dentro de este trabajo se ha evidenciado que no es lo mismo hablar de subordinación que de dependencia, este razonamiento no será aplicable.

Así pues el concepto de la dependencia económica es contradictorio, no por lo antes referido, sino porque la dependencia económica, independientemente de que sea un tipo de subordinación o no, supone la existencia de un sometimiento que es ajeno a la autonomía, por lo tanto no tiene sentido que una relación de trabajo que se denuncia que presenta una dependencia, al mismo tiempo se declare como autónoma. Este régimen a su vez, jamás sería posible en el Ecuador porque dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano –donde se reconoce como el elemento delimitador a la dependencia y no a la subordinación– la dependencia económica supondrá que se debe proteger bajo el régimen ordinario del Derecho Laboral; de tal forma que resultaría imposible que exista una relación que sea a la vez autónoma y dependiente.

Por lo tanto, tal como sucede en Alemania, el único mecanismo para permitir que la relación de dependencia económica no sea considerada dentro del régimen protector de

---

debilidad contractual, debe en la práctica aceptar las condiciones de empleo del primero. Circunstancias que conduce en algunos ordenamientos jurídicos a regular la situación de estos trabajadores autónomos, al margen de la legislación laboral, pero con una filosofía de tutela jurídica del contratante débil que en gran medida bebe de las fuentes institucionales originarias del Derecho del Trabajo.” CRUZ, JESÚS. *Trabajador autónomo económicamente dependiente*, en: BAYLOS, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA, RODRIGO. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014, págs. 2019-2025.

los trabajadores asalariados es que se asuma que la dependencia económica no cabe dentro del concepto de subordinación; ya que de lo contrario, nada justificaría que exista un régimen distinto para una relación que igualmente se encuentra en un sometimiento que es muy homologable al que produce la subordinación, ya que si en el fondo lo que persigue el Derecho del Trabajo es regular la prestación de servicios que se produce en un estado de desequilibrio, sin duda la dependencia económica origina tal situación aunque no exista subordinación. De todas formas siempre será muy difícil sostener que esta es una relación en autonomía, en la medida que se protege la dependencia.

Por otra parte, en el fondo, el hecho de que la dependencia económica, suponga un desequilibrio inferior solo es una presunción inicialmente jurisprudencial que se ha asumido como un acuerdo tácito en muchos ordenamientos jurídicos, de ahí que se permita que tenga un régimen inferior de derechos. Luego, solo el límite filosófico de buena parte de la doctrina y los jueces impiden que se asuma la dependencia económica como un concepto equivalente a la subordinación para determinar la existencia de desequilibrio en la relación de trabajo que amerite protección; lo que en la práctica, ha limitado que se utilice el concepto de dependencia económica para que suponga una expansión del criterio delimitador que incluya como protegidas relaciones de trabajo donde exista dependencia económica, mismo que en el caso español se ha positivado, ya que se ha considerado que la dependencia económica es ordinariamente un concepto impreciso<sup>447</sup> y además que no puede ser previsible<sup>448</sup>, siendo esta la razón por la que no se le confiere la misma protección que a la subordinación.

De todas formas, desde una perspectiva amplia es más difícil decir que la dependencia económica siempre deba quedar desprotegida como si se tratase de una verdad

---

<sup>447</sup> “It is worth highlighting that some continental theorists and, often, judges, have rather consistently rejected the adoption of a widened notion of economic dependence. ‘La notion de subordination économique est, en effet, trop imprécise’ as a great number of persons may depend economically on others albeit keeping their professional, independent, status; such are the suppliers integrated in a network of distribution or ‘franchised’ tradesmen, the agriculteur sous contrat, the artisan working for an industrial enterprise.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 62.

<sup>448</sup> “No es posible trasladar automáticamente a este contexto la teoría y la praxis relativa al contrato de trabajo pues la dependencia económica, a diferencia de la jurídica, no constituye una modalidad de ejecución de la prestación conocida y querida por las partes, sino que es un dato meramente accidental independiente de la voluntad del cliente.” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 88.

indiscutible; así, tal como se ha visto, existen ordenamientos jurídicos como el sudafricano o el propio ecuatoriano que consideran que la dependencia económica bien puede determinar que se genere la protección propia del Derecho del Trabajo, ya que al final de cuentas supone un sometimiento en la prestación de servicios que, haya sido querido o no, debe protegerse.

Así por ejemplo, sin importar si una empresa busca ponerse en una posición dominante de mercado o no, la normativa de competencia buscará impedir un abuso de poder. De igual forma, si se considera que la dependencia económica es un concepto impreciso, será complejo afirmar que sea más impreciso que la subordinación, por lo tanto estos no son argumentos suficientes para determinar que el desequilibrio que genera la dependencia no tiene que ser controlado.

Esto ha significado que en no pocos casos se asimile, en cuanto a los efectos que genera sobre protección, tanto a la dependencia administrativa o subordinación como a la económica,<sup>449</sup> para lo cual simplemente puede incluirse como uno más de los elementos de laboralidad a la dependencia económica.<sup>450</sup>

De cualquier forma, en España se ha tomado la tendencia de que la dependencia económica no es parte de la subordinación, haciendo una interpretación restrictiva del concepto de subordinación. Esto justifica que, aunque exista dependencia económica, no se genere la protección del Derecho del Trabajo, lo que permite que se encuentre un trabajo económicamente dependiente en el régimen autónomo, que es el único que puede aplicarse si no se aplica el régimen de protección de subordinación general.

Es por esta justificación jurídica que se utiliza el régimen de autónomo a la relación de

---

<sup>449</sup> "...c) As far as the personal existence of the employed person is concerned (like rules concerning the risks of sickness, old age, work accidents, maternity etc.), labor law must refer to the economic dependence and not to the dependence on orders. Therefore the right definition can only be: An employee is a person who is personally and economically dependent." WANK ROLF. Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. *The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004, pág. 140.

<sup>450</sup> "Hay un segundo trayecto a la vista que es el de intentar la recuperación de la aptitud abarcativa del concepto de dependencia laboral, *haciéndolo descansar ahora de modo prevalente sobre su faceta económica*. Desde luego, no basta enunciar este criterio; para "bajarlo a tierra" sería necesario recomponer el *haz de indicios* –el sistema indiciario– de modo que tenga aptitud para alcanzar el conjunto de supuestos que se pretende someter al régimen de amparo." GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 149-151.

dependencia económica, aunque tampoco podrá obviarse que también esto permite establecer un régimen de menor protección a trabajadores que bien por sus condiciones podrían estar sometidos al régimen laboral ordinario; lo que también va a tono con la filosofía en materia laboral más en boga que propugna que en la medida en que se disminuyan derechos, y exista una variedad de regímenes que permitan una protección inferior que la ordinaria, habrá un ordenamiento laboral más flexible, y por ende más sano, que no necesariamente es una realidad, tal como ya se ha analizado en abundancia, pero que resulta relevante señalar en la medida en que se presupone en muchos casos la infalibilidad de esta construcción que, en realidad, es absolutamente ideológica.

En resumen, sobre esta figura puede decirse que esta posición es interesante y supone un aporte en la medida que establece un ordenamiento jurídico para establecer un régimen distinto que el de subordinación y que el de la simple autonomía. De todas formas, la definición de este régimen sigue atada a la división binaria y al concepto de subordinación, lo que produce serios fallos ya que dejan en muchos casos sin protección a personas en evidente desequilibrio como se ha detallado; así como también genera una protección muy leve al dependiente económico, sólo en virtud de una aplicación estricta del concepto de subordinación, como si determinar o no la subordinación fuera el objeto en sí mismo del Derecho del Trabajo.

Más aún, el principal fallo que se encuentra es que pese a que evidentemente la figura de la dependencia económica genera un sometimiento equivalente a la de subordinación, el primer concepto realmente no obtiene una protección asimilable; en realidad pues, el régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente más se torna en un bálsamo social que en una verdadera protección, ya que si bien supone la inclusión de un colectivo desprotegido, en la práctica la determinación de la aplicación del régimen es bastante restrictiva y la normativa que se aplica es muy cercana a la del simple autónomo –mismo que no tiene sentido en la medida que el dependiente no puede ser autónomo a la vez<sup>451</sup>–; por lo que no estamos ante el establecimiento, en el fondo, de un

---

<sup>451</sup> “...In some cases, contradictory notions become real oxymorons, for example trabajo autónomo económicamente dependiente, recently regulated by the law No. 20/2007 in Spain.” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 181.

tercer régimen que debería ser protegido por el desequilibrio, ya que solamente crea una figura de trabajadores que requiriendo protección, tienen menos derechos.

#### 13.4. EL RÉGIMEN DEL DENOMINADO “WORKER” EN EL REINO UNIDO

Otro de los conceptos que ha creado una nueva categorización dentro del Derecho del Trabajo, para precisar nuevas relaciones que deban ser protegidas más allá del régimen binario es aquel referido a la figura jurídica denominada como “worker” en el Reino Unido.

Este concepto, desde la perspectiva teórica se ha querido asimilar a la figura de la parasubordinación a o la del trabajador económicamente dependiente; más en la práctica, es un concepto absolutamente diferente, que ni siquiera forma claramente un tercer régimen de protección –como en muchos casos ocurre con las otras categorías antes estudiadas–. De todas maneras, lo trato en este acápite en la medida en que doctrinariamente ha tendido a analizarse como equivalentes a los conceptos antes señalados.

Así pues, paso a describir esta figura jurídica para poder valorar sus particularidades especialmente en cuanto a determinar cuál es la relación de trabajo que protege como insumo que nos permite observar otra de las tendencias que puedan inspirar la redefinición de la relación de trabajo a proteger por el régimen jurídico en el Ecuador.

Al efecto, dentro del ordenamiento jurídico laboral del Reino Unido existen fundamentalmente dos categorías de trabajadores protegidos, aquellos denominados como “employees”, mismos que gozan de todas las protecciones conferidas por el Derecho del Trabajo y que son el directo equivalente a los trabajadores subordinados. Y luego, como categoría transversal aparece la de los “workers”, que son a su vez, trabajadores pero que mantienen derechos inferiores a los de los “employees”<sup>452</sup>. Hasta

---

<sup>452</sup> “If one takes the view that the category of ‘worker’ now forms the general outline category for employment legislation, then it is undoubtedly the case that there is a two-tier system within that general category, with ‘employees’ as the fully protected group and the ‘other workers’ as the marginally protected group. The government acquired powers under section 23 of the Employment Relations Act 1999 to close this gap by secondary legislation, but appears increasingly less inclined to use those powers.” BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004, pág. 132.

aquí parece que como figura que confiere menores derechos a trabajadores, es bastante asimilable a la parasubordinación o a la de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

De todas formas, el caso de los *workers* realmente no es el mismo que el de las figuras antes referidas. Así pues y fundamentalmente, si los parasubordinados y los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuanto al régimen jurídico que se les aplica, se apegan más claramente al régimen autónomo –como en el caso español donde esto es una declaración expresa en la medida que su regulación se encuentra contenida dentro del régimen de los autónomos–, lo cierto es que en ningún caso se aplica su ordenamiento a los trabajadores subordinados; en el caso de los *workers* no sucede así, ya que el concepto de *worker* es transversal, y puede incluir a personas que presten servicios, aunque se encuentren en un contrato de trabajo tal, como se desprende de la sección 230 del *Employment rights act* de 1996, que fue previamente citada.

Cualquier “employee”, que también caiga dentro de la categoría de “worker”, puede gozar de la protección prevista para esta última categoría. Es decir que la categoría de “worker” no pretende deslindarse del trabajo ordinario subordinado, sino que bien puede aplicarse al mismo<sup>453</sup>.

Estamos pues, ante una categoría nueva para determinar protección, pero que no es excluyente de la subordinación o de los absolutos autónomos; si cualquier persona entra dentro de la clasificación de “worker” se le aplica el ordenamiento jurídico previsto para esta figura. Por lo tanto es transversal a la división binaria aunque no la desconoce.

Por lo tanto, la institución jurídica que analizamos difiere en el medida en que realmente no busca crear un tercer género con distinta regulación que la que tienen los componentes de la división binaria; por el contrario, huyendo de la discusión binaria, crea un concepto

---

<sup>453</sup> “El caso británico muestra una elaboración conjuntamente realizada por el legislador y por la doctrina, y quizá por ello mismo resulta para el espectador extranjero bastante ambigua. En efecto, a partir de diversas leyes que reconocían solo algunos derechos laborales a los trabajadores (*workers*), por debajo del estándar reconocido a los empleados (*employees*) nace una distinción entre dos niveles de protección. Teóricamente el *worker* no es equivalente a los otros casos anteriormente vistos de parasubordinato, sino que viene entendido dentro del empleo subordinado, como una subespecie o subcategoría, aunque la relación de grupos comprendidos en ella coincide con las más habituales del parasubordinato; freelances, trabajadores por tiempo determinado, trabajadores de ETT..., carecen de la protección contra el despido abusivo, del descanso por maternidad y paternidad, etc. En cambio disponen de salario mínimo, regulación de la jornada y descansos, trato no discriminatorio, prestaciones por incapacidad, etc.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 370-371



que sin importar como se aplica la división binaria, si se configuran los elementos para que una relación de trabajo sea protegida por la figura del “worker”, se aplicará su ordenamiento. Pareciera que ante el hastío y la indefinición que genera la clásica división binaria se ha creado este mecanismo determinante de protección –que obvia pero no desconoce la división binaria–<sup>454</sup>; de tal forma que es aplicable sin necesidad de analizar si el trabajador al que le es pertinente la obligación es autónomo o subordinado, ya que en el fondo es un concepto autónomo, y en esta medida si se puede decir que un tercer concepto, aunque no totalmente independiente, ya que como se ve no crea un tercer régimen, sino una categoría para determinar la protección.

Por lo tanto, en estricto sentido, aunque parece un tercer género equivalente a la parasubordinación por ejemplo, es realmente un mecanismo para generar protección sin observar la división binaria, que por la complejidad que supone su aplicación pierde relevancia. Estamos entonces a medio camino entre la creación de un tercer régimen y la obsolescencia práctica de la división binaria. Es por eso que esta figura es estudiada al final de este título, ya que es el germen de lo que serán las teorías que desconozcan las divisiones binarias como un mecanismo certero para definir las relaciones de trabajo que deben ser protegidas.

Luego, resulta importante determinar quiénes son estas personas trabajadoras que se considerarán “workers”, es decir trabajadores en sentido amplio. Al efecto, los requisitos para que una persona se entienda como “worker” son que entre las partes exista obligaciones mutuas entre el empleador y el denominado “worker”; lo que es una parte esencial del Derecho del Trabajo del Reino Unido que siempre observa la naturaleza contractual de la relación de trabajo, ya que no existe una clara presunción de que la relación de trabajo en sí misma sea un contrato, sino que si en efecto no se encuentra que exista una relación contractual, no existe protección. De todas formas, esta disquisición en muchos regímenes –y en el caso del Ecuador en específico–, es irrelevante ya que cualquier relación para la prestación de servicios se entiende como contrato; de tal manera que si aparece la existencia de una relación aunque no haya contrato, se generará

---

<sup>454</sup> “...In this emerging new pattern, the outer boundary of labour law has to be imagined, as we have earlier claimed, not in terms of a single interface between dependent and independent work contracts, but rather as a set of interfaces with a wide variety of social and economic relations.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS, NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, Pág. 39

la protección si se cumplen con los adicionales elementos para que se configure aquella tutela prevista por el Derecho del Trabajo.

A su vez, otro de los requisitos para que se configure la protección asignada al “worker” es que la prestación de servicios sea personal; por lo tanto, se protege una vez más siempre que se demuestre que no se ha configurado un andamiaje que le permita al trabajador prestar sus servicios por intermedio de otras personas. Este es un elemento que coincide igualmente con los elementos para determinar la relación laboral, por lo que la figura del worker –más que deslindarse como se ha dicho por ejemplo de trabajo estándar– aparece como un nuevo mecanismo de regulación del mismo en la práctica.

El requisito último para determinar si una relación de trabajo se someterá al régimen del denominado “worker” es observar si el trabajador no mantiene un negocio<sup>455</sup>, es decir, si existe dependencia comercial en la relación. En la práctica, lo que se observa es si el trabajador, una vez más, no llega a tener una organización tal que deja de justificarse la existencia de un desequilibrio que permita generar un mecanismo de protección.

Aquí pues, de lo anotado puede encontrarse otra de las grandes diferencias de esta figura con los otros sistemas antes estudiados, en la medida en que lo que se busca es una relación de trabajo que bien podría ser autónoma desde la aplicación de la teoría de la subordinación restrictiva, pero a la que no se le provee un régimen de autonomía, sino por el contrario un régimen claramente protector, cercano al del trabajador estándar. Así pues, si alguien presta un servicio sin ser el dueño del negocio, y sin recibir dirección en sus actividades bien podría ser un “worker” protegido, aunque también caería dentro de la figura de la autonomía.

En esta medida claramente difiere de los del sistema antes enunciados. La figura del “worker”, claramente provee protección a trabajadores que diáfananamente habrían sido

---

<sup>455</sup> “...This dual category approach to other personal work contracts has been quite strongly favoured by the English legislator in recent years. This has taken the form of using the category of ‘worker’ as the defining concept for the personal scope of certain significant items of worker-protective labour legislation. In such legislation, the concept of the ‘worker’ is normally defined as follows: -‘worker’ [ . . . ] means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under)– (a) a contract of employment, or (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual; and any reference to a worker’s contract shall be construed accordingly. ERA 1996, s. 230(3).” FREEDLAND, MARK. *The personal employment contract*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pág. 277.

considerados como autónomos, es decir que en la práctica provee un incremento de protección a quien difícilmente la habría tenido, ni siquiera bajo una consideración amplia de la subordinación. Por otra parte, figuras como la parasubordinación o la del trabajo autónomo económicamente dependiente confieren menor protección a quien se encuentra en abierta dependencia, y que bien podría ser sometida a una relación de plena protección. A mi juicio, los otros criterios para la creación de un tercer régimen tienen una tendencia clara para establecer menores derechos a quienes fácilmente podrían caer en un concepto de subordinación; mientras que este es el único caso en que, a pesar de que existe autonomía, se separa de la teoría clásica y al entender que existe desequilibrio en la prestación –fundamentalmente por la personalidad– se genera protección, de tal manera que aquí sí se puede observar algún argumento de razonabilidad para establecer un mecanismo de protección, que además mezcla elementos de lo que sería por una parte subordinación y por otra la autonomía; demostrando que obvia la división binaria y pretende crear un mecanismo de definición de protección que se aplique más allá de la misma.

En este sentido es, pues, la base para crear un Derecho de Trabajo omnicomprensivo, ya que más allá de la división de autónomos y subordinados –que también se ha aplicado clásicamente en el Reino Unido– genera unos cimientos de protección amplia en los que bien pueden caber aquellos autónomos o subordinados que requieran de protección; lo que finalmente desvanece la importancia de la división binaria<sup>456</sup>. Más aún, si se considera que las Cortes en el Reino Unido han realizado una valoración amplia de lo que se asumirá como “worker”<sup>457</sup> –lo que también es distinto en relación con los otros sistemas en la medida en que en aquellos se suele utilizar una interpretación restrictiva-

---

<sup>456</sup> “...Even in industrialised countries, new concepts and different categories emerge and are promoted in order to obtain more efficient social protection and easier adaptation to economic competition.” JAVILLIER, JEAN CLAUDE. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 357.

<sup>457</sup> “In recent years, and even months, courts and tribunals have shown some degree of generosity in affording the status of “worker” to a number of “atypicals”. However it should be pointed out that “workers” do not enjoy all rights afforded to standard employees, and that they are excluded from important statutory protections such as unfair dismissal legislation and eligibility for redundancy compensation.” *Byrne Brothers vs. Baird* (2002) IRLR 96 and *Also James v. Redcats*. (2007) IRLR 296 en: KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 46.

de tal manera, que este sistema establece un verdadero Derecho del Trabajo base, aplicable en general a la prestación de servicios personales.

De todas formas, hay que recalcar, que jurídicamente la división binaria permanece ya que quienes se consideran como “employees” seguirán recibiendo la protección si su relación se asemeja a esa figura; por otra parte, los autónomos que no caigan en el concepto de “workers” seguirán contando con un régimen contractual ordinario que asuma igualdad entre las partes y que por lo mismo no genere protección en especial<sup>458</sup>. Luego pues, también es singular el régimen del “worker” en cuanto a los derechos que confiere; así, cuando la mayoría de los regímenes que establecen terceros conceptos generan una protección primordialmente procesal, el régimen de los workers genera una situación que se puede considerar protectora a nivel sustantivo; por lo que en realidad supone un claro reconocimiento de protección a estos trabajadores, y un abierto régimen tuitivo, donde su objeto no solo es la regulación de una relación de trabajo enmarcada dentro de la autonomía.

En esta virtud se les confiere protección en cuanto a remuneraciones mínimas, tiempo de trabajo, deducciones sobre remuneraciones, procesos de reclamación; es decir que se establece un régimen protector bastante completo para esta categoría de trabajadores<sup>459</sup>. Por lo tanto, a diferencia de muchos de los terceros conceptos que se establecen más allá de la división binaria –que establecen protecciones bastantes laxas–, estamos aquí ante un ordenamiento jurídico completo; lo que es una anomalía si se considera en general los conceptos que establecen una tercera categoría para la reglamentación de las relaciones de trabajo.

Así pues, lo común suele ser, como se ha visto, que los terceros conceptos para la

---

<sup>458</sup> “... These three definitions are very important because they represent three different levels of protection in employment law. The self-employed get almost no protection, workers get some protection, and employees get all the protection the law has to offer. Litigation in this area is common as individuals strive to get into a more protected category and employers seek to avoid the legal obligations that would follow from this.” DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 90.

<sup>459</sup> “The British legislature appears to have been attuned, more than many others, to these concerns. Over the past few years a number of rights (concerning working time, minimum wage, deductions from wages, grievance hearings and part-time work) have been broadened to apply to all ‘workers’, rather than merely employees. Then again, these developments have been more of a (limited) response to the narrow interpretation given by British courts to the concept of ‘employee’, rather than the result of an overall rethinking of the appropriate uses of the concept.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 126.

determinación de la relación de trabajo realmente lo que encubren son mecanismos para conferir menor protección a situaciones que evidentemente pueden enmarcarse dentro del régimen laboral ordinario<sup>460</sup>. Tal como sucede con la parasubordinación o la dependencia económica que se reconocen claramente como categorías que generan un desequilibrio que permite una protección similar que la de los subordinados. Esto determina pues, que estos terceros conceptos no aporten mucho para una redefinición de la relación de trabajo, más allá que demostrar lo falible del status quo actual de la división binaria y sus terceros conceptos.

En este caso pues, es relevante esta figura del “worker”, tanto porque permite observar un tercer concepto que crea una verdadera forma nueva de definir la relación de trabajo protegida, así como también puesto que, lejos de suponer una simple desprotección de quien bien podría someterse al ordenamiento jurídico ordinario, por el contrario establece una tuición a quien antes jamás hubiese estado protegido, al encontrar que existe realmente un desequilibrio, corrigiendo la concepción clásica delimitadora que podría dejar carente de protección a relaciones que objetivamente podrían requerir de ella.

De esta forma, se genera la protección más allá de la subordinación, a su vez creándose un mecanismo que a diferencia de lo que sucede con terceros conceptos, sí es efectivamente protector y no una mera compilación del régimen civil que ordinariamente se aplicaría a un autónomo<sup>461</sup> con ligeras mejoras en los derechos pese a que existen parámetros claros que sugieren que la relaciones que se regulan deban ser protegidas. Por lo tanto y para una redefinición del Derecho del Trabajo dentro de este capítulo lo

---

<sup>460</sup> “...Queda, en todo caso, el esfuerzo por alcanzar un escalón intermedio entre el trabajo subordinado y el autónomo que unifique y clarifique el régimen jurídico de los diversos grupos de trabajo. Esfuerzo que difícilmente contenta a todos, pues para muchos tiene el efecto viciado de introducir por la ventana un dumping social masivo que permite a los empresarios contratar como autónomos a los mismos que ayer contrataba como subordinados.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, págs. 373-374.

<sup>461</sup> “English law does instantiate the emerging pattern of relational categorization which we have suggested for European labour law systems generally and have started developing in relation to EU law. At one level, English law has evolved a dual or split-level approach to the scope of the contract of employment – splitting between a relatively rigorous ‘contract of employment’ concept and a rather more inclusive ‘worker’s contract’ concept. The latter concept, we have argued elsewhere, seeks to extend some labour rights to semi-dependent workers. But it remains quite closely linked or penumbral to the idea of the contract of employment, is still irrevocably committed to contractual reasoning, and still seeks to exclude the ‘genuinely self-employed’, from which it remains – or seeks to remain – conceptually distinct.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 42.

más relevante a considerar será la propuesta del “worker”.

## *Título XIV*

### ***TENDENCIAS QUE REFORMULAN LA RELACIÓN DE TRABAJO PROTEGIDA DESDE UNA PERSPECTIVA EXTENSIVA Y DESVINCULADA DE LA DIVISIÓN BINARIA***

A su vez, para culminar el análisis de las tendencias de redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, corresponde observar aquellas tendencias que pasan por redefinir el Derecho del Trabajo más allá del axioma binario.

Así, aunque históricamente y como se ha analizado hasta la actualidad, la división binaria ha sido el centro para definir la relación de trabajo, e incluso no se ha desconocido por varias tendencias que intentan una modernización ya sea por la vía de ampliación de conceptos o creación de terceros conceptos; cabe observar que es emergente la tendencia de redefinir la relación de trabajo que debe ser protegida sin necesidad de limitarse al paradigma clásico<sup>462</sup>, que supone por una parte la entera protección del trabajador asalariado y, por otra, un régimen de libre contratación para el autónomo.

Todo esto provocado por la rigidez del concepto de la subordinación que es la piedra angular del sistema de delimitación de la relación de trabajo protegida, mismo que ha demostrado su imprecisión, así como su incapacidad para determinar todas las relaciones de trabajo que requieran de su protección si se aplica claramente el objeto del Derecho del Trabajo, que no puede ser otro que la corrección del desequilibrio en la prestación de servicios.

Luego pues, será fundamental analizar las tendencias de reformulación que se han dado que ya no consideran a la división binaria como el centro de la redefinición, justamente

---

<sup>462</sup> CÓRDOVA, EFRÉN. El papel de la industrialización y el principio de la subordinación. *Gaceta Laboral*, vol. 3, núm. 2, 1997, págs. 18-20.

por los fallos que esta teoría presenta; para lo cual será fundamental salir de los límites impuestos por la teoría clásica que sin duda deben modificarse, dejando de lado las posiciones dogmáticas que defienden a la división binaria como la única manera en que el Derecho del Trabajo puede regularse.<sup>463</sup>

De esta forma, se estudiarán algunas de las tendencias más importantes que pretenden la definición del Derecho del Trabajo más allá de la teoría clásica, precisando que mayoritariamente son soluciones doctrinarias y en muchos casos meros bocetos que no se encuentran detallados en su totalidad; por lo tanto habrá que considerarlos en ese sentido<sup>464</sup>, ya que en la práctica la división binaria sigue siendo en la actualidad el paradigma para la determinación de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

#### **14.1. PROTECCIÓN APLICADA A CADA CASO EN PARTICULAR**

Dado que estamos ante una tendencia moderna, ha sido muy poco lo que se ha logrado sistematizar sobre la redefinición del Derecho del Trabajo a partir del desconocimiento de la división binaria. Así pues, uno de los casos en que esto se ha aplicado –más de facto que a partir de una visión programática– es dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; en donde se ha generado protección para los trabajadores de manera amplia, no tanto observando si son autónomos o subordinados, sino regulando su protección con un ámbito variable dependiente del contenido de cada norma y de los derechos que otorga. Así, cada disposición se interpreta de manera independiente y por ende establece un ámbito de aplicación singular, analizando el caso en particular sin

---

<sup>463</sup> “...Algunos de los derechos asignados a los trabajadores subordinados también se conceden a los trabajadores autónomos y semiautónomos, como los de seguridad y salud, por lo que el ámbito subjetivo de la legislación laboral se expande al tiempo que se relativiza; una expansión que halla su plena justificación en el despliegue de la propia función integradora del Derecho del Trabajo, y no en drásticas exigencias dogmáticas de renovación institucional subraya PALOMEQUE, C. (El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo. Relaciones Laborales I. (2000) Pág 441).” OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág 86.

<sup>464</sup> “...Por consiguiente, la relación de intercambio en la que se fundó el régimen del trabajo asalariado – subordinación a cambio de seguridad – queda trastocada sin que se hayan definido las bases de un nuevo intercambio.” SUPIOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Intencional del Trabajo*, vol. 118, núm 1, 1999, pág. 40.



crear un concepto central que sirva para delimitar siempre si se aplica protección no.<sup>465</sup>

Bajo esta perspectiva se evita la discusión binaria y cada norma establece cuáles son las condiciones en que se aplicará, es similar al sistema del denominado “worker” en Reino Unido<sup>466</sup> en la medida en que se puede aplicar transversalmente sin considerar si el trabajador es subordinado o no; pero es diferente ya que se realiza generando un concepto distinto de trabajador por cada una de las normas que lo contemplen, dejando de lado la complejidad que supone encajar al trabajador dentro de la figura de la subordinación o fuera de ella.

Dentro de la propuesta del Libro Blanco o Reforma Biagi de octubre de 2001, claramente se expone como un mecanismo de evolución del Derecho del Trabajo justamente la regulación de la aplicación de cada norma protectora en virtud de las particularidades de cada situación sin vincularlas necesariamente al hecho de la subordinación<sup>467</sup>; sino analizando en cada caso cuándo cabe protección o no.

Se pasa hasta cierto punto desde una interpretación rígida que tiene como su centro a la subordinación, a otra interpretación más abierta y variable, donde se adapta cada una de las normas de protección a las situaciones que regulan y se establecen conceptos propios o valoraciones particulares para determinar quién se encuentra protegido de acuerdo a

---

<sup>465</sup> “... With the second type of grey area, the correct application of the law should be verified on a case-to-case basis, as there is ambiguity regarding both the legal categories (subordinate work and autonomus work) and the legal and jurisprudencial criteria used to classify the work relationship.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*, en CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, pág. 141.

<sup>466</sup> “..Sul piano della ridefinizione dei criteri di imputazione delle tutele del lavoro si potrebbe peraltro andare ben al di là della semplice predisposizione di un nucleo di disciplina comune a tutti i tipi di lavoro, rinunciando definitivamente ad una definizione generale e astratta di lavoro subordinato, e indicando invece, di volta in volta, il campo di applicazione di ogni intervento normativo, come avviene per esempio nell’esperienza del Regno Unito e, per certi versi, anche nella legislazione comunitaria. Una soluzione, in questa prospettiva, potrebbe essere quella della redazione di uno o più TU, che, oltre a ridefinire il campo di applicazione –soggettivo e oggettivo– di ogni tutela (salute e sicurezza sul lavoro, equo compenso, sanzioni disciplinari, cessazione del rapporto di lavoro, sospensione del rapporto di lavoro, diritto di sciopero, ecc.) potrebbero anche concorrere alla semplificazione e razionalizzazione della normativa esistente.” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3° edición, Milán: Giuffrè editore, 2004, págs. 131-135.

<sup>467</sup> “La propuesta formulada en el libro blanco sugiere afrontar el problema de la imputación del derecho laboral en modo pragmático, individualizando en cada caso, para cada particular instituto, el campo de aplicación de la disciplina de protección del trabajador.” BIAGI, MARCO, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 4° edición, Milán: Giuffrè Editore, 2007, pág. 133.

los derechos que cada norma establezca.<sup>468</sup>

Este es un sistema que no es poco usado, por el contrario, como se ha dicho, existen claros casos en que cada conjunto de derechos laborales encuentra sus normas de aplicación, ordinariamente modificando la definición del trabajador; lo que hace que varíe el alcance de la norma. Esta es pues, una técnica ampliamente usada en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América, que en realidad permite gran flexibilidad al legislador ya que puede decidir ilimitadamente a quien conferir o no derechos, sin estar limitado a aplicar instituciones jurídicas estables como sería la de la subordinación.<sup>469</sup>

Es entonces, un sistema que permite libremente proteger o desproteger a los trabajadores a gusto del legislador, que puede determinar el ámbito de aplicación de manera amplísima. Evidentemente, este sistema tendrá gran acogida en regímenes claramente liberales como el caso de los Estados Unidos de América, ya que no existe ningún límite impuesto por la teoría liberal –como podría ser el ajenidad– para la aplicación normativa; sino, que existirá la aplicación del ámbito del Derecho del Trabajo desde una perspectiva bastante utilitaria.

Este régimen también ha sido seguido por la normativa comunitaria europea, que claramente tiene una tendencia liberal y que por su cercanía en cuanto a ser un sistema

---

<sup>468</sup> CRUZ, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AAVV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, págs. 179-187.

<sup>469</sup> “In the 1992 case *Nationwide Mutual Insurance Company v Robert T Darden*, the United States Supreme Court held that, where the term “employee” is not expressly defined by statute (or when the definition “explains nothing”-eg “an employee is a person employed by employer”), the common law “right to control” test will apply. While employee status is to be determined on a case-by-case basis, assessing all factors a court should ask whether the hiring party had a “right to control the manner and means by which the product is accomplished”. Relevant factors to be include: -the skill required; -the source of tools and instrumentalities; the location of the work; -the duration of the relationship between parties; the hiring party’s right, or lack thereof, to assign additional projects to the hired party; the hired party’s discretion over when and how long to work; the method of payment; -the hired party’s role in hiring and paying assistants; whether the work is part of the hiring party business; -whether the hiring party is in business; whether employee benefits are provided and –the tax treatment of the hired party.” Significantly, the Court expressly rejected the “economic realities” test, which considers the economic dependency of the individual on the employer.” SACK JEFFREY; PHILLIPS, EMMA; LEAL-NERI, HUGO. *Protecting workers in a changing world: the growth of precarious employment in Canada, the United States and Mexico*. En: CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011, págs. 253-254.

más asimilable al continental, procedo a analizar, de tal manera que se pueda observar cómo se modifica el ámbito de aplicación de las normas laborales según los diferentes derechos que cada disposición confiera.

Así, por ejemplo, la Directiva de Trabajo Temporal No. 2008/104/CE para definir quién se considerará trabajador, simplemente hace una referencia al ordenamiento nacional de cada país, lo que se encuentra del artículo 3 numeral 1 literal a) de la Directiva que señala:

*“Definiciones 1. A efectos de lo dispuesto en la presente Directiva, se entenderá por: a) “trabajador”: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación laboral.”*

Por lo tanto, se presta la protección sin analizar si el trabajador es subordinado o autónomo; de ahí que hace una remisión expresa a la normativa nacional que lo determinará.

De todas formas y en cuanto a establecer el ámbito de la norma, sí deja claro cuál es el trabajador al que se le aplica, mismo que no se define desde la figura de la subordinación o de la autonomía. Así pues, dentro del artículo 1 numeral 1, de la referida Directiva se señala:

*“1. La presente Directiva se aplicará a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal o bajo su control y dirección.”*

En consecuencia, la protección no se genera para el trabajador clásico que se somete al control y dirección de su empleador; sino que también se extiende en caso de que el control y dirección sea ejecutado por la empresa usuaria; aunque la relación haya sido constituida con la empresa de trabajo temporal.

Por lo tanto, la protección se aplica realizando un test que no sólo tiene relación con el

empleador; sino que se extiende al usuario de los servicios<sup>470</sup>. Por lo mismo que el ámbito de aplicación no se limita a la categoría binaria exacta –aunque bien podría estar en este o no por la vía de remisión al ordenamiento nacional–, y en realidad la protección se genera más allá esta. En general, la norma se fija más en observar si existen trabajadores contratados por una empresa y dirigidos por otra como criterio particular de aplicación, aunque no deja de observarse que la Directiva se refiere a la prestación de servicios por dirección y control, por lo que de alguna forma podría decirse que vincula su alcance al concepto de dependencia administrativa o subordinación; aun cuando, como ya se dijo, la determinación de quién es trabajador no queda especificada y bien podría la legislación nacional ampliar su alcance por ejemplo al trabajador autónomo o a cualquier otra categoría<sup>471</sup>.

De todas formas, cuando se hace una referencia a la legislación nacional como mecanismo para determinar el ámbito de la aplicación de una disposición europea, no siempre existe la misma referencia. Así, por ejemplo la Directiva 96/34/CE relativo al Acuerdo Marco sobre el permiso prenatal celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en cuanto define el ámbito de aplicación de la normativa señala:

*“Cláusula 1: Objeto y ámbito de aplicación 1. El presente Acuerdo establece disposiciones mínimas cuyo objetivo es facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan. 2. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que*

---

<sup>470</sup> “...A more powerful principle, although one confined to only one form of outsourcing, is to be found in the proposed Temporary Work Directive. It proposes mandatory equality with the user’s employees for agency workers, unless the worker is engaged under a contract of indefinite duration with the agency, under which he or she is paid even during periods when not assigned to a user. The principle here seems to be that equality of pay with the user’s employees is justified because the agency worker is being integrated into the user’s workforce on the task side, even though the user has not sought to stipulate the terms and conditions upon which the agency should employ the worker. In this light it is not surprising that the debate revolves around the time threshold below which the coercive comparison should not operate, because there has been no integration.” BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004. pag. 144.

<sup>471</sup> “...Even when European legislative instruments explicitly referred to ‘employees’, the European Court of Justice (ECJ) has preferred to adopt a careful approach and ‘decided that national courts are entitled to apply their own national definitions of employment status when applying these employment protection directives’. Where it has taken a bolder stance is in the definition of the notion of ‘worker’ for the purposes of its freedom of movement, social security and, more recently, equal pay policies.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 148. Cfr: Case C-337/97, C.P.M. Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep [2000] 2 CMLR 667 [16].

*tenga un contrato.”*

En consecuencia, ni siquiera cuando se utiliza el mismo mecanismo de remisión a la ley nacional, se utiliza la misma fórmula de referencia.

Más claro, en todo caso, se observa el hecho de que el régimen laboral de la Unión Europea establece conceptos diferentes para determinar protección que se genere a partir de cada norma, esto se puede encontrar en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejor de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Al respecto la citada norma al definir quien se considerará como trabajador se indica en su artículo 3 literal a):

*“Artículo 3: Definiciones. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) trabajador: cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar.”*

En este caso pues, la protección que se establece se fija desde la perspectiva más amplia. Cualquier persona que haya sido contratada para la prestación de servicios se enmarca dentro de la disposición, ni siquiera hay una referencia a la normativa nacional en este punto, la protección, se genera evidentemente más allá de la clasificación binaria, como concepto estable que determina cuándo se aplica la normativa protectora.

Solamente se establecen relaciones que además se presumen parte de la protección, en este caso la de los trabajadores que realizan prácticas y aprendices, y se excluye así mismo, sólo los trabajadores al servicio del hogar. Por lo tanto, los límites de la figura se fijan a partir de la determinación de ciertas actividades que estarán protegidas y otras que no, de tal forma que se evidencia cómo se aplica el concepto delimitador de quien debe ser protegido dependiendo de cada caso y de las disposiciones que establezca cada norma.

Otro mecanismo para determinar la protección es el que se encuentra en la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Así pues, y aunque la directiva expresamente se refiere a la igualdad de trato en relación con el empleo y la ocupación, cuando se establece el ámbito

de aplicación la misma ni siquiera se limita a los trabajadores sino que se genera una protección que incluye a todas las personas; así pues, dentro del artículo 3 en cuanto se habla del margen de aplicación de la normativa, se señala:

*“Artículo 3. Ámbito de aplicación. 1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de la actividad y en todos a la promoción: b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo; incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por la mismas.”*

Por lo tanto, se toma un enfoque completamente distinto para precisar quién debe ser protegido por esta directiva, incluso más amplio que en el caso de la Directiva 89/391/CEE, ya que no se limita la protección –ni siquiera al hecho de que se preste un servicio–, sino que se extiende a todas las personas quienes prestan unos servicios y quienes potencialmente lo puedan hacer; mismo que tiene sentido claro, puesto que la protección de no discriminación es central justo antes de que inicie la relación de trabajo, de ahí que sea razonable que el concepto para determinar la protección varíe en cada caso dependiendo de qué tipo de protección se genere ya que un beneficio se aplica atendiendo a su naturaleza. Así pues, si lo que se busca es evitar la discriminación se entiende que ese es un beneficio que no tiene razón de limitarse a quien presta el servicio; mientras que por ejemplo en materia de riesgos de trabajo, será más lógico que la protección se genere para quién presta un servicio ya que en ese caso se produce el riesgo, de ahí que la determinación de la aplicación varía dependiendo del beneficio que cada disposición establezca.

En otras situaciones se toma una posición más abstracta para determinar quién será

protegido o no por una norma que contenga disposiciones laborales. Así por ejemplo, en la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo, dentro de la Directiva, y en referencia con su ámbito de aplicación se señala en el artículo 3:

*“1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE; d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.”*

Podemos observar que en este caso no existe una manifestación tan expresa de protección a todas las personas, se sigue una técnica por la cual se describe las situaciones en que se generará la protección, sin precisar necesariamente qué tipo de relación de trabajo será la protegida específicamente; bien puede entonces, aplicarse la protección tanto una relación de trabajo autónoma o subordinada. De ahí pues, que esta Directiva establece mecanismos de protección basado en situaciones, sin observar la división binaria pero con una clara concepción amplia de los trabajadores que se protegerán, y que establece sus propias particularidades para su aplicación.

Otra de las soluciones por las que se ha optado a nivel de Derecho Comunitario Europeo es simplemente establecer una protección determinada pero sin siquiera referirse a qué tipo de relación es la que se protege. Así por ejemplo, se puede encontrar la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, o

también la Directiva 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refiere a los despidos colectivos.

En estos casos pues, ni siquiera se hace una referencia al ordenamiento nacional para definir a quién se considerará como trabajador. Simplemente se establece la protección sin precisar si la relación protegida incluye o no al trabajador autónomo o al subordinado. Luego, dependerá de la aplicación que de facto se haga en cada Estado sobre la norma para conocer la relación de trabajo protegida; aun cuando nada sobre este tema se precisa en la Directiva. Vemos entonces, que una de las opciones por las que se ha optado es una regulación, que en cuanto a determinar la relación de trabajo protegida, resulta sumamente etérea.

La tendencia de la Unión Europea de regular en extenso el trabajo, a su vez, se manifiesta del propio contenido del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, por ejemplo dentro de Título IV, capítulo I, artículo 45 numeral 1, referente a los trabajadores se señala:

*“1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión”*

Con lo que se encuentra que la definición de trabajadores en ningún caso se restringe a los asalariados. Esto aún es más evidente en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que al efecto señala:

*“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresa y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.”*



Por lo tanto, aunque la Unión Europea en lo que respecta al Derecho del Trabajo mantiene una regulación no tan extensa —especialmente en sus Tratados Constitutivos—, lo que evidencia su clara influencia liberal, incluso bajo esta concepción ideológica establece alguna de sus regulaciones también para los trabajadores independientes, de manera clara<sup>472</sup>. Todo esto por lo que en este aspecto además se desvanecen las corrientes que han considerado que la normativa —especialmente en este ámbito— solo se aplicará a los subordinados<sup>473</sup>, en efecto, ya dentro del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea existe disposición expresa que declara en contra de esta posibilidad.

Es interesante la postura tomada por la Unión Europea tanto por la protección del trabajador en lo que le corresponde desde una perspectiva amplia; así como en la medida en que permite establecer una regulación precisa para cada situación. De todas formas, sí tiene la deficiencia de que requiere una examen de aplicación por cada norma; de tal manera que para saber si una persona será protegida, se tienen que aplicar tantos exámenes cuantas disposiciones protectoras sean pertinentes dentro de una determinada relación, lo que sin duda resta eficiencia al sistema que se convierte en un laberinto interminable de valoraciones para determinar la aplicación del ordenamiento laboral<sup>474</sup>. Cada trabajador, dependiendo de sus especiales características, podría tener un estatuto de protección esencialmente distinto que otro.

En conclusión pues, la definición de la relación de trabajo se deslinda de la división binaria para establecer cuáles relaciones serán protegidas, aunque no puede soslayarse que en algunos casos también se refiere a esta como criterio de aplicación; así por

---

<sup>472</sup> “Finally, it is worth recalling that self-employed workers are far from being excluded from the enjoyment of the right to free movement thanks to the attribution of the freedom to provide services and of the right to establishment, under Articles 43 and 49 of the Treaty. A complete analysis of these two freedoms is beyond the purposes of the present work; nevertheless, a summary scrutiny of their personal scope of application and of the main prerogatives they grant to the category of the self-employed is necessary.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 175.

<sup>473</sup> “The EC Treaty provisions (arts 39-42) use the term “workers”, but it is not difficult to see that they refer to subordinate employment” CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014, pág. 164.

<sup>474</sup> “...It is a very complex approximation, a new set of indicia whose confirmation would require the formulation, case by case, of a complex, descriptive and logical operation, incompatible with the criteria of effectiveness and efficiency that demands the application of legislation such as that of employment protection” GOLDÍN, ADRIÁN. *Labour subordination and the subjective weakening of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 110.

ejemplo, puede observarse la Directiva 97/81/CE. Por lo que no es un sistema que supone una superación de la división binaria, sino que realmente en mucho regula la protección más allá de conceptos tales como la subordinación o la autonomía.

Luego, en cuanto a la relevancia de este mecanismo de determinación de la relación de trabajo protegida hay que encontrar que también es un buen aporte en la medida que determina qué tipo de relaciones tienen que ser tuteladas, y en esa función se aplica la norma. No existe, pues, una obsesión por observar si se cumple o no un concepto para que se genere la protección; lo que se hace es determinar si en la realidad una determinada relación de trabajo requiere de protección, lo cual resulta pragmático y novedoso, ya que en general el Derecho del Trabajo ha resuelto proteger relaciones muchas veces, por la configuración de supuestos en virtud de los que se asumen hechos o desequilibrio cuando realmente este no ocurre, por lo tanto el mecanismo de la Unión Europea prueba ser más realista.

Finalmente, encuentra su falla en la medida en que no propone ninguna sistematización, lo que determina que en todos los casos –para conocer si un trabajador será protegido– se requiera hacer un análisis de aplicación por cada norma, lo que finalmente puede terminar complicando más el sistema de lo que ya se produce con la subordinación; ya que en este caso, para una sola relación podrá haber múltiples criterios que determinen la aplicación de cada una de las normas, dependiendo de los derechos que se analicen. Se pierde pues, una base mínima de certeza<sup>475</sup>, ya que no existe un paradigma estándar que fije cuando existirá protección, al menos desde una perspectiva mínima.

Se termina creando entonces un régimen jurídico por cada trabajador<sup>476</sup>; lo que a su vez,

---

<sup>475</sup> “...One can argue that the Directives in question, because of this combination of regulatory techniques in the same legal source, have introduced a most critical element of irrationality within national legal systems, despite the consideration paid to domestic labour law internal coherence.” SILVANA, SCIARRA. *National and European Public Policy: the goals of Labour Law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 255.

<sup>476</sup> “...Y, de otro lado, el propio derecho del trabajo ha dejado de ser un bloque jurídico monolítico que define una identidad profesional única, para dejar lugar a una diversidad cada vez mayor de estatutos jurídicos. Esta diversificación no sólo se expresa en el movimiento de descentralización de las fuentes del derecho del trabajo, con la importancia cada vez mayor del derecho convencional y de la negociación de empresa, sino también con el movimiento de individualización de la condición jurídica de los trabajadores.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 286.

provoca que desaparezcan las estructuras laborales estables ya que en la práctica la protección puede modificarse con total discreción. Por lo tanto, aparece una superestructura que es la que define variablemente en qué casos se aplican las normas; estructura que no necesariamente utiliza una teoría laboral o jurídica determinada, sino que propone soluciones desde los intereses económicos preponderantes sin ninguna sistematización jurídica; todo lo cual se justifica con el argumento políticamente correcto de que no toda la variedad de relaciones puede resumirse u organizarse dentro de un sistema articulado, lo cual se declara como un fin incognoscible. Por lo tanto, más que una redefinición de la relación protegida es una indefinición de la relación jurídicamente protegida<sup>477</sup>, cosa que permite que esta pueda presentar total flexibilidad a la hora de determinar la relación de trabajo que será protegida.

De todas formas, es importante reseñar este sistema en la medida en que es una de las pocas corrientes que obvia la división binaria, habiendo establecido regulaciones más allá de ella, no solo a partir de un análisis académico, sino habiendo aplicado este mecanismo en la práctica.

## 14.2. DERECHO DEL TRABAJO EXTENSIVO

Tal como se ha podido observar de la tendencia previamente analizada, cuando se obvia la división binaria, existe una mayoritaria predisposición a redefinir la relación de trabajo protegida por el Derecho Laboral ampliando el ámbito de aplicación del mismo; técnica que si bien se puede considerar mayoritaria en un ordenamiento como el de la Unión Europea, también en otras propuestas de redefinición puede observarse que en la medida en que se desconoce el criterio de la subordinación para determinar la relación de trabajo protegida, la tendencia preponderante se desarrolla en torno a extender el alcance del Derecho del Trabajo desde la perspectiva más amplia posible.

---

<sup>477</sup> "...The task is to understand the variety of solutions and the specificity of the local and national conditions which gave rise to them, rather than trying at every point to fit divergent experiences into a single, universal model." DEAKIN, SIMON. *The comparative evolution of the employment relationship*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 91.

Así pues, se propugna la creación de un Derecho de Trabajo que debe ser extensivo y ampliar su marco de acción<sup>478</sup> a aquellas relaciones de trabajo que se generan para la prestación de servicios, ya que no se encuentra una sostenible motivación para limitar al Derecho del Trabajo a la regulación de las relaciones subordinadas, y a la exclusión de cualquier tipo de protección a las relaciones de trabajo que se presten de manera autónoma<sup>479</sup> cuando exista algún desequilibrio en estas, que pueda justificar la aplicación de un sistema laboral protector.

No solo esto, puesto que además se han abierto nuevas divisiones entre trabajadores subordinados con la protección estándar del Derecho del Trabajo y otros trabajadores subordinados que gozan de menores derechos. Las corrientes omnicomprendivas también claman por una unificación del Derecho del Trabajo, que establezca similar protección a la del trabajador estándar para el trabajador atípico, que –pese a caer dentro del supuesto de protección– también ha pasado a ser un colectivo precarizado por el argumento central de que deben existir mercados que tengan una protección incluso inferior a la mínima avalada por el Derecho del Trabajo, como garantía para el desarrollo del mercado.

Por lo tanto, las tendencias que propugnan una protección de relaciones de trabajo omnicomprendivas, lo hacen desde la visión de regular en general todos los tipos de prestaciones laborales o en general de servicios, sin limitarse a un nicho de trabajadores

---

<sup>478</sup> “Se sostiene en definitiva la imposibilidad de un Derecho del Trabajo fuerte aplicable a muy pocos trabajadores y de una gran masa de trabajadores fuera de ese ordenamiento. – Sin duda la crítica de este argumento es fácil. Partiendo de que la última afirmación es incuestionable, cabe darle la vuelta: por qué no reconstruir un ordenamiento tuitivo que supere “lo laboral” para proteger el trabajo en general. La unilateralidad – aunque sea bajo la capa de contractualidad individual – no depara mayor protección a los expulsados de la laboralidad. –la historia y la situación actual lo demuestran. Precisamente lo que mayor protección les depararía sería la extensión de instituciones laborales: negociación colectiva, condiciones mínimas de empleabilidad, vías de reclamación ágiles.” ALFONSO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág. 8.

<sup>479</sup> “...Pero no se ha dominado verdaderamente ninguna de estas tendencias, pues las mismas se desarrollan aún en el marco del paradigma abstracto, cuya validez minan. Así, los aspectos positivos de las evoluciones apenas recordadas solo benefician a una parte del mundo del trabajo, mientras que la otra se halla expulsada al “segundo mercado” de trabajo, es decir, a una concepción mercantil del trabajo. Precisamente para evitar que continúe aumentando esta separación, se afirma el principio de igualdad de trato con respecto a los trabajadores “atípicos”. Pero esta igualdad no puede tener sentido mientras continúe la oposición del trabajo “típico” y del trabajo “atípico”. Así pues, esta oposición que plantea el problema se apoya en la noción de trabajo. Queda por saber cuál puede ser la aportación de los juristas en esta necesaria redefinición del trabajo.” SUPLOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 291.

en especial. Tal y como ha sido la tendencia generalizada durante la formación histórica del Derecho del Trabajo, que en muchos casos ha provocado que se convierta en un beneficio para unos pocos privilegiados –basta con observar el abandono crónico a las relaciones de trabajo más precarias como las de autonomía ambulantes–, mismo que ha estimulado a que por un efecto de huida, se tienda a evitar la relaciones que se enmarquen dentro de la protección prevista por el Derecho del Trabajo, para generar relaciones que en la práctica cumplen casi exactas funciones pero que, como no se enmarcan exactamente dentro de los elementos para que se genere la protección del Derecho del Trabajo, no tendrán protección; aunque es evidente que presentan un similar desequilibrio que aquellas relaciones que, por el contrario, son protegidas.

Lo que se intenta, es evitar que existan regímenes de escape de la protección mínima exigible cuando se considera que una persona se encuentra prestando un servicio y requiere de la tuición del ordenamiento jurídico, para evitar que su inferioridad en las condiciones de negociación le impongan prestar sus servicios en circunstancias completamente desequilibradas<sup>480</sup>, que no hubiesen sido aceptadas si el trabajador hubiese tenido un poder de negociación que le permita pactar al menos condiciones que den el sustento y que sean equivalentes a los mínimos previstos por el Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo entonces, deja de ser el Derecho del obrero o del asalariado, y se lo comienza a entender –tal como se ha pretendido definir en un inicio de este trabajo– como el Derecho que regula en general la actividad productiva en virtud de la cual se prestan servicios. Es decir, que se llega a aplicar una versión más universal de lo que se

---

<sup>480</sup> “En el informe de Madrid se propugnan dos principios que rijan los cambios: por un lado, el principio fundamental en virtud del cual las partes en una relación de trabajo no deciden su calificación jurídica y, por otro, el de extender el campo de aplicación del derecho laboral a la contratación del trabajo de los independientes o autónomos. Semejante perspectiva es, pues, la de un derecho común del trabajo, sin perjuicio de que algunas de sus ramas se adapten a las diversas situaciones (trabajo subordinado tradicional, trabajo «cuasi subordinado», es decir, económicamente dependiente, etc.). De este modo se evitará que surja una división entre los ciudadanos amparados por un contrato de trabajo y las personas que trabajen con arreglo a contratos de otra clase con una protección inferior. Una de las funciones históricas fundamentales del derecho laboral ha consistido en apuntalar las bases de la cohesión social, lo cual dejará de ser posible si no se amolda a la evolución de los modos de organización del trabajo de la sociedad actual y se limita a regir los que lo engendraron (que están actualmente en declive).” SUPIOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Intencional del Trabajo*, vol. 118, núm 1, 1999, pág. 39.

tenderá a entender por trabajo y la rama jurídica que lo regula.<sup>481</sup>

Esto es lo que en Italia por ejemplo, se ha clasificado como el trabajo sin adjetivos, en la medida en que se va regulando el Derecho del Trabajo; sin la necesidad de someterse, por ejemplo, a la subordinación como concepto inderogable para la determinación de aquellas relaciones que deben estar protegidas.<sup>482</sup>

En esta virtud, estas tendencias desconocen totalmente la vigencia del Derecho del Trabajo desde su perspectiva binaria y proceden a formular la necesidad de que se regulen todas las relaciones de trabajo<sup>483</sup>, estableciendo a grosso modo la necesidad de una normativa que rijan la prestación de servicios en general y que establezca una suerte de mínimos<sup>484</sup> para las prestaciones de servicios en sentido extenso<sup>485</sup>; aunque no siempre generando propuestas claras sobre cuál sería la forma en que se deba establecer este nuevo tipo de regulación, lo que sin duda les ha quitado seriedad, y en muchos casos aplicación práctica.

---

<sup>481</sup> “El ordenamiento jurídico no puede ignorar ni resistirse a los cambios que impone el modelo productivo, de manera que el Derecho laboral –trabajo dependiente– tiene que dar paso al Derecho del trabajo –trabajo como género– para disciplinar las diversas modalidades en que se prestan servicios personales, prestación de la cual se obtiene un rédito que les permite a los trabajadores hacer parte y disfrutar de las garantías en la sociedad como ciudadanos.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, págs. 137-138.

<sup>482</sup> MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 31.

<sup>483</sup> “...b) Supresión de la distinción bipolar, aún cuando hasta el momento la propuesta solo tiene un asiento doctrinal, la idea de someter a una legislación, si bien modulada o matizada, a todo el trabajo personal, como dice Mark Freedland, a todos los nexos laborales personales.” OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 369.

<sup>484</sup> “In una posizione intermedia si colloca chi ha proposto di rimodulare le tutele del diritto del lavoro mediante l’individuazione di un continuum di tipologie negoziali (lavoro subordinato, autonomo, parasubordinato, associato, cooperativo, ecc.) tutte accomunate dal coordinamento economico-organizzativo di una prestazione lavorativa nel ciclo produttivo, come fattore costante e normale dell’attività organizzata da altri. Verrebbe superata, in questo modo, l’alternativa qualificatoria secca tra autonomia e subordinazione. A queste tipologie negoziali sarebbe riconosciuto un nucleo minimo di tutele, mentre soltanto al lavoro subordinato in senso stretto verrebbero accordate tutte le tutele tipiche del diritto del lavoro. Lungo questo continuum di tipologie negoziali, più ci si allontana dalla subordinazione in senso stretto (ex art. 2094 cod. civ.), più si restringe la normativa di tutela accordata, sino ad arrestarsi al nucleo normativo minimo comune a tutte le ipotesi di lavoro.” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3<sup>o</sup> edición, Milán: Giuffrè editore, 2004, págs. 125-131.

<sup>485</sup> “Individual employment rights, such as unemployment insurance, workers compensation, minimum wage, social security disability, rights to organise, and so forth must be broadened so they apply to all workers, be they regular, temporary or dependent independent contractors. STONE, KATHERINE. *Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 175.

Todo esto porque si bien aparece como una verdad poco discutible que el Derecho del Trabajo debe ocuparse de aquellas prestaciones de servicios que se den en una situación de desequilibrio tal que amerite protección; luego, si no se formulan propuestas claras de cómo aquello puede operativizarse, simplemente se llega a una tendencia más que nada retórica que no aparece prácticamente ejecutable.

En consecuencia, a la hora de valorar aquellas propuestas que analizan al Derecho del Trabajo desde una perspectiva omnicomprendensiva se procederá a analizar las soluciones específicas que se han propuesto, más allá de la sola declaración de intenciones; esto, con el afán de ir delineando cuáles son las características de este nuevo Derecho de Trabajo que se propone más allá de la perspectiva romántica. De tal manera que se puede lograr una coherencia científica de las propuestas que se formulan, ya que probablemente la mayor falla que se puede aducir a esta tendencia sería la incapacidad que ha presentado para detallar conceptos o, en general, construcciones jurídicas que permitan entender y aplicar este nuevo Derecho del Trabajo; lo cual es fundamental para la coherencia y aplicabilidad de la ciencia jurídica laboral<sup>486</sup>, que a veces, más parece la creación de un manifiesto ideológico, político o económico que la evolución de una rama de las ciencias jurídicas.

### **14.3. LA PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSAL**

A continuación procederé a definir los mecanismos que se han empleado para extender el ámbito del Derecho del Trabajo, y por ende la relación de trabajo protegida desde una perspectiva extensiva, comenzado por las propuestas más difusas hasta llegar a las propuestas más específicas y desarrolladas sobre una extensión de la relación protegida.

Así, otra de las perspectivas relacionadas con la redefinición del Derecho del Trabajo es aquella que pretende reformularlo a partir de la generación de una protección universal

---

<sup>486</sup> “For the legal system to hold together, internal congruence and consistency of concepts is more important than making a good ‘fit’ with social and economic relations.” DEAKIN, SIMON. *Timing is everything: Industrialization, Legal Origin, and the Evolution of the Contract of Employment in Britain and Continental Europe*, En: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 70.

para todas las personas, que haga innecesaria la protección específica para el trabajador.

Lo que se pretende es la creación de un piso de derechos que se otorgarían en general a las personas, incluso si no han ingresado al mercado de trabajo; de tal manera que se hace también innecesaria la división binaria entonces. De esta forma, cualquier trabajador o prospecto de trabajador debe gozar de cierta protección por el solo hecho de ser parte de la comunidad.

Hay dos ideas subyacentes detrás de esta posibilidad. Por una parte se considera que la protección social, en muchos casos, ha estado vinculada al hecho de ser trabajador asalariado, consideración que resulta arbitraria ya que no reconoce que existen otros varios casos donde se requiere de protección social aunque el trabajador no se encuentre dentro de una relación subordinada, o la persona ni siquiera haya accedido al mercado de trabajo. Por otra parte, lo anterior deriva en la otra idea fundamental, y esta es la que se considera que probablemente quien más protección necesita, es justamente el trabajador que no se encuentra dentro de una relación de trabajo; por lo tanto que se piensa que la protección social debe alcanzar también al desempleado.

En esta virtud, se busca precisar otro concepto que pueda ser mejor a la hora de determinar quién debe gozar de la protección social que provee el Derecho del Trabajo, claro está, desde una perspectiva más universal. En este punto es que suelen ser muy difusas estas teorías, ya que no establecen casi ninguna forma de determinar quién debe gozar de la protección social que alegan; aunque es evidente que afirman una clara universalidad del amparo que se proponen; por lo tanto, habrá que colegir que se propugna una protección teniendo como criterio delimitador el de la ciudadanía.

En todo caso, tiene sentido que sean difusas estas teorías en cuanto a determinar su alcance, ya que en general se deberá entender que si la idea es proteger de la manera más universal, será mejor que la protección se vincule solamente con un concepto bastante amplio y que incluso podría ser tan amplio como el concepto de personalidad<sup>487</sup>. De

---

<sup>487</sup> “A number of scholars have argued for employment rights to be divorced from the employment relationship and to be afforded to all who participate in the paid workforce, however marginally. However, this describes the challenge facing labour law in only the most general of terms.” BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág.190.



cualquier forma, tendrá que entenderse, en todo caso, que ésta protección se encuentre limitada a personas naturales, ya que en general el Derecho del Trabajo se ha concebido como un mecanismo de protección del ser humano y así mismo, la protección social, tiene razón de ser en la medida en que se protejan a las personas naturales.

Luego y en cuanto al obligado de proveer la protección, estas teorías tienden a señalar que será el Estado<sup>488</sup> quien deba proveer de los beneficios sociales necesarios para las personas en general y particularmente para las personas que se encuentren fuera del mercado del trabajo a las cuales tampoco cabe clasificar entre autónomas o dependientes, por ejemplo, ya que esa clasificación supone la existencia de una relación de trabajo que los desempleados no tienen, siendo este colectivo uno de los principales sujetos de tuición de las teorías que establecen la protección social universal, toda vez que se considera que parte esencial de la protección que se debe proveer es aquella que se confiera a las personas en aquellos momentos en que no se encuentren empleados, estableciendo una continuidad en el régimen protector, que les permita que una vez que pierdan el trabajo, lo puedan volver a conseguir.<sup>489</sup>

Así, estas tendencias que sugieren una idea de protección universal, son importantes para efectuar algunas precisiones dentro de este trabajo. A saber, resulta relevante analizar esta perspectiva para delimitar la propia redefinición del Derecho del Trabajo que esta investigación pretende. Así pues, el objeto de redefinición planteado es la relación de trabajo que se encuentra jurídicamente protegida; por lo tanto, la redefinición se efectuará en la medida en que exista relación de trabajo, es decir siempre que el trabajo

---

<sup>488</sup> “In the new workplace, all workers need continual training to upgrade their skills and develop new ones. Employers promise employability, but they do not always provide it. Hence there is a role for local government, working with local companies and representatives of local unions and civil organisations, to identify the training needs of the community and insure that workers have access to training and retooling throughout their lives. These training needs should be offered for free to all in a community, through the community college system or other state-sponsored training programme.” STONE, KATHERINE. *Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág.176.

<sup>489</sup> “...Por decirlo con los trazos más gruesos, el problema consiste en asegurar la continuidad de la protección durante las transiciones entre uno y otro trabajo remunerado, de “llenar los intersticios”. Además de los tiempos de trabajo retribuido (dependiente, autónomo, asimilado a uno u otro), se trata de los tiempos de desempleo, pero también de otros de formación profesional, de atención de los compromisos familiares, de trabajo solidario, de cumplimiento de deberes cívicos, de descanso.” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 152-160.

se preste en beneficio de otra persona.

Al respecto, esta posición no supone una acotación caprichosa del tema, sino que se encuentra formulada por claras razones. Así pues, si dentro de esta investigación se entiende que el Derecho del Trabajo pretende corregir los desequilibrios en el poder de negociación –que existen entre dos o más partes donde una presta el servicio y otra se beneficia–, este fin del Derecho del Trabajo será necesario en la medida en que exista esta relación. Luego, si una persona se encuentra en un estado de desprotección que amerite protección, pero no por un desequilibrio en la prestación de servicio, sino porque las condiciones sociales o económicas le han puesto en tal situación, considero que aquello no debe ser parte de la protección provista por el Derecho del Trabajo<sup>490</sup> que es un sistema de protección del trabajo que se presta dentro de una relación donde su objetivo principal es la eliminación de las condiciones de desequilibrio en la negociación, para lo cual es indispensable que exista una relación de trabajo.

Ahora, si bien es cierto que en virtud de la existencia de una relación de trabajo se han conferido, históricamente, derechos para obtener protección de tipo social, no necesariamente relacionada con la prestación del servicio que se realiza; de todas formas es bastante insostenible querer defender –en un Estado de bienestar como el que se pretende en el Ecuador– que solo tenga derecho a la a la seguridad social quien se encuentre dentro de una relación de trabajo subordinada.

Por lo tanto, considero que cualquier derecho social que se quiera conferir a los ciudadanos de un país debe atarse al concepto de ciudadanía, ya que en general si se quiere proteger a las personas no hay razón para que esto se limite a los trabajadores, especialmente en consideración de aquellos derechos que se consideren indispensables para la existencia de la vida del trabajador. Luego el financiamiento y el alcance protección que se quiera se deberá valorar en cada caso.

Entonces, el Derecho del Trabajo lo que deberá regular son los mecanismos para la

---

<sup>490</sup> “Nevertheless, labour and social security law, as a unique body and system, is often questioned from both theoretical and practical points of view.” JAVILLIER, JEAN CLAUDE. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 357.

corrección del desequilibrio en la relación de trabajo, sin que las formas de protección social se aten al concepto de trabajo. Todo esto aplicando una visión teleológica del Derecho del Trabajo que fundamentalmente sirve para corregir el desequilibrio en el poder de negociación ya que el mismo en ningún caso es, ni por sus objetivos ni por su alcance, el conjunto de normas para regular la política social de un Estado –como en muchos casos se lo ha valorado o se lo ha querido convertir –; lo que además surte el efecto de restringir las políticas sociales solamente a aquellas personas que presten servicios en un relación de subordinación, cuando se trata de derechos que por su relevancia son importantes para todas las personas, se encuentren o no dentro del mercado de trabajo regulado.

Además, por una cuestión de coherencia, la regulación que se preste para corregir el desequilibrio que se presente en la relación de trabajo, deberá ser afrontada por la persona que se beneficie de este; de tal forma que en la relación de trabajo debe buscarse quién produce el desequilibrio, y entonces esta persona que se beneficie del mismo es aquella que deberá afrontar los costos que surjan de dicho desequilibrio, en caso de que se considere necesaria esta medida.

Esto significa que carece de todo sentido que en una relación de trabajo donde existe desequilibrio y una persona se beneficia del mismo –lo que ya le pone en una situación de ventaja–, a nombre de protección social se carguen los costos de la corrección de ese, no a quien se beneficia del mismo, como es lógico, sino al Estado.

Por lo tanto, la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida que se efectúa se generará no por una situación de bondad o de protección a todas las personas; sino porque es el mecanismo que se utiliza para la corrección de desequilibrios en la prestación de servicios que afectan el desarrollo del mercado, siendo este el objeto del Derecho del Trabajo.

Difiere esta posibilidad de la flexiseguridad, en la medida que la flexiseguridad tiene una clara tendencia a la disminución de derechos de los trabajadores en la relación de trabajo, lo que no es una clara tendencia dentro de las teorías que defienden la protección universal; por el contrario, estas teorías no presuponen que el régimen común debe necesariamente implicar menores derechos camuflados dentro del concepto de

flexibilidad. De cualquier forma, tanto estas teorías de protección universal como las de las flexiseguridad son similares en la medida que cargan los costos de la protección no a quien se beneficia de la relación de trabajo y de las posibles desigualdades como sería equitativo, sino al Estado, que al final se convierte en una suerte de recurso ilimitado al que se le pretende cargar la mayoría de los costos del desequilibrio del mercado; de forma tal que quienes los producen se benefician, ya que en última instancia el beneficio ilegítimo de unos es sufragado por el erario del Estado.

Al respecto y sobre estas teorías de protección universal, tendrá que recogerse su relevancia en la medida en que pretenden una tuición más allá de las categorías laborales, lo que es interesante en cuanto a detallar que en efecto puede existir un régimen de protección más allá de la subordinación. De todas formas, estas teorías fallan en cuanto a pretender convertir al Derecho del Trabajo en un Derecho Social, donde todo tipo de protección cabe y donde ya no es relevante ni siquiera prestar un servicio para ser regulado por este ordenamiento –lo que desnaturalizaría el Derecho del Trabajo en la medida en que la razón de sus existencia es la corrección de los desequilibrios en la prestación de servicios–.

Si prosperase esta visión del Derecho del Trabajo como un Derecho Social, por una parte se dejaría vacua la relación del trabajo prestada en relación con otra persona, de tal manera que se requeriría del surgimiento de un ordenamiento que en virtud de principios de negociación y contractuales permita regular este tipo de prestaciones, por lo que en el fondo se requeriría un nuevo Derecho de Trabajo. Por otra parte, también al convertirse este Derecho del Trabajo en un Derecho Social, sería irrelevante analizar la relación de trabajo y sus necesidades, ya que en el fondo lo que tendría que garantizar es el bienestar en general de las personas, por lo tanto el Derecho del Trabajo en el fondo se convertiría en un Derecho sometido a las consideraciones políticas de manera absoluta ya que, más que regular una determinada relación desde alguna perspectiva jurídica, lo que realmente sería es un instrumento para regular el mercado de trabajo y las prestaciones sociales, que en general dependerá del dictamen político de cada Estado y no de criterios jurídicos.

Ahora, si bien es cierto que el Derecho del Trabajo cada vez se convierte más en un Derecho Social que en un mecanismo jurídico establecido y organizado para regular los

desequilibrios que se producen en la relación de trabajo, este trabajo defiende, por el contrario, la tesis de que el Derecho del Trabajo finalmente sea una rama jurídica con principios propios y que no se encuentre enteramente sometida a los avatares de la política. En definitiva, opto por la defensa de un Derecho de Trabajo que establezca principios jurídicos y que suponga la regulación del trabajo que se presta dentro de una relación, por lo tanto las posturas que no reconozcan esta realidad, no serán fundamentales para redefinir la relación de trabajo que debe ser jurídicamente protegida.

#### **14.4. INCLUSIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL RÉGIMEN LABORAL GENERAL**

Otra de las tendencias que se han propuesto para una redefinición de la relación laboral protegida es aquella relacionada con la inclusión de los servidores públicos dentro del ordenamiento jurídico aplicable a los trabajadores privados en general –no solo en casos particulares, sino unificando virtualmente el régimen de los trabajadores públicos y privados-.

Al efecto, si los servidores públicos son personas que prestan sus servicios, y se ha entendido que la protección del Derecho del Trabajo debe tener una protección extensiva que no sólo se limite a la división binaria; también tendrá que al menos discutirse si cabe que los servidores públicos se enmarquen dentro de la protección provista en el Derecho del Trabajo en general<sup>491</sup>, lo que en ciertos casos, ya se ha considerado para incluir dentro del régimen ordinario también a los servidores públicos.<sup>492</sup> Todo lo cual supone un

---

<sup>491</sup> “Firstly there is an element in the process which consists of the identification of an outlining or framing concept, this being an encapsulation of all the relations or arrangements which are or should or might be regarded as forming the subject-matter of labour or employment law. We might call this the ‘boundary function’. This could consist, for example, of defining the subject-matter of labour law as extending to all ‘employment relationships’ of all workers, whether those were employment relationships of private law or of public law.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 16.

<sup>492</sup> “...On the other hand, the Court has been clear that workers employed on a public works scheme where a considerable part of the salary is effectively paid by public funds are still to be considered ‘workers’ for the purposes of EU law on free movement. Neither ‘the origin of the funds from which remuneration is paid, nor the “sui generis” nature of the employment relationship under national law and the level of productivity of the person concerned’ can have any consequence in regard to whether or not the person is to be regarded as a worker.” Case C-1/97, Mehmet Birden v. Stadtgemeinde Bremen [1998] ECR I-7747.

análisis lógico, ya que a primera vista muy poco parece justificar la existencia de dos regímenes jurídicos distintos para regular prestaciones que se encuentran tan cercanas entre sí, toda vez que fundamentalmente lo único que varía es el carácter público o privado del empleador. En esta virtud pues, y dado que parece una conclusión muy evidente el aplicar un mismo régimen tanto a los trabajadores públicos como a los privados, resulta importante analizar la razón que puede aducirse para argumentar que deben existir regímenes distintos para regular la relación de trabajo de quienes presten servicios a empleadores privados, y a empleadores públicos.

Sobre el tema, la razón fundamental que puede aducirse para que exista un régimen de protección distinto para los trabajadores privados y para los servidores públicos es que en el caso de los últimos, al prestar servicios para el Estado se entiende que su empleador busca un beneficio general que amerita que mantenga un régimen de regulación del trabajo que le confiera algunos privilegios al Estado, de manera tal que el centro de protección deja de ser el trabajador y se confiere al Estado ciertos privilegios.

Esto no sucederá con cualquier otro empleador privado, que evidentemente no puede atribuirse un interés colectivo, por lo que no se justifica que mantenga un régimen de protección laboral particular –como en el caso del sistema laboral del sector público–, que en muchos casos sería más beneficioso para el empleador. Es interesante este razonamiento más allá de determinar si el mismo es acertado o errado, en la medida en que se discute una de las premisas clásicas del Derecho del Trabajo, que es asumir en líneas generales que el trabajador siempre se encontrará dentro de desequilibrio y que es el trabajador quien siempre debe ser el beneficiario de la protección provista por la normativa laboral.

La tendencia que supone la creación de un régimen distinto para el trabajador público considera que en esta relación realmente el interés de protección ya no está en el trabajador o al menos no lo está absolutamente, y en esa medida confiere ciertos beneficios al empleador. Esto hace evidente que la presunción por la cual se considera que el trabajador siempre es la parte que se encuentra en desequilibrio en una relación

---

KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág 174.

de trabajo no es inmutable, sino que admite una discusión, al menos. Luego una vez precisada la relevancia que tiene la discusión en torno a permitirnos analizar de manera más amplia en qué punto puede estar el desequilibrio en la relación de trabajo, en el fondo, sí será interesante considerar si el razonamiento detrás de la existencia de regímenes distintos para el trabajador privado y para el trabajador público, resulta jurídicamente sostenible.

Sobre el tema, el Derecho del Trabajo vuelve a entrar en un plano de lo filosófico e ideológico. Así pues, en aquellos regímenes en que se considere que el interés individual se encuentra por encima del interés colectivo, será muy difícil sostener que el Estado puede tener un régimen de preferencia que le permita que los servidores públicos en general tengan menores derechos que los trabajadores privados; ya que el único sustento para esta posibilidad –que es la primacía del interés colectivo ante el individual– no existe; por el contrario, el interés individual en general no se supeditará a la colectividad, salvo en muy contados casos.

Por otra parte, si lo analizamos desde una visión colectivista, sin duda el interés individual debe encontrarse sometido al interés colectivo. Esto significa que bien se justifica que el Estado –al representar el interés de todos– pueda tener un régimen jurídico distinto con respecto de sus trabajadores, que le permita algunas licencias en pos de defender ese interés común; lo que a su vez justifica la existencia de un régimen particular para los trabajadores que presten sus servicios para el sector público.

Esta posición ha sido tomada por el Derecho ecuatoriano, que por una parte somete el interés particular al interés colectivo como regla general. Así pues, el artículo 83 numeral 7 de la Constitución de la República que dice:

*“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.”*

Luego pues, asume que el poder público es aquel que representa el interés del pueblo, es decir el interés colectivo; así en el artículo 1 de la Constitución de la República se dice:

*“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

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

*Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.”*

Por lo tanto, y dado que el poder público representa el interés colectivo, entonces sus trabajadores pueden someterse a un régimen especial, que dentro de la Constitución se reconoce en el artículo 229, que señala:

*“Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.*

*Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.*

*Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.*

*La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”*

Por lo tanto, a nivel constitucional se garantiza que por ley se establezca un régimen distinto para los servidores públicos, entendiéndose por estos aquellos que presten sus servicios dentro del sector público, aunque se establece una salvedad, ya que se determina que los obreros del sector público se encontrarán sometidos al régimen laboral



privado.

Al respecto, en el Ecuador se entiende a los obreros como aquellos trabajadores que prestan sus servicios empleando fundamentalmente su fuerza física sobre su actividad intelectual. A estos trabajadores se les aplica el régimen protector más fuerte de los trabajadores privados. Tendrá que entenderse que la Constitución asume que los obreros –por su presunta menor preparación– requieren de una protección igual que la de los trabajadores privados; sin que se le confiera beneficios especiales al poder público –con respecto a este nicho de trabajadores– como sucede con los servidores públicos o trabajadores del sector público que no sean considerados como obreros.

Sobre el tema, hay que precisar que esta diferenciación parte de la presunción de que los obreros se encuentran, en general, en inferioridad de condiciones que los empleados, de tal manera que aquellos privilegios que se le confiere al Estado con respecto a sus trabajadores no se garantizan con respecto del sector que se considera en mayor desequilibrio. Es decir que la determinación del desequilibrio se hace desde una regla general y variable, que además no supone que todo trabajador siempre está en inferioridad de condiciones, así pues los servidores públicos claramente tiene un régimen menos protector que el de los obreros del sector público.

De todas formas bien cabe señalar que más allá de el régimen que se aplica realiza una consideración variable de cada trabajador, lo cual sin duda es novedoso comparado con la aplicación ordinaria de las normas laborales que comúnmente asume a los trabajadores como desequilibrados. Por otra parte, no se debe dejar de señalar que el concepto para clasificar estos tipos de trabajadores, siendo este el de obreros o servidores públicos, sin duda es un concepto no del todo acertado.

Al respecto, esta diferenciación ya ha sido considerada obsoleta por la mayoría de la doctrina, dado que es muy difícil sostener que en efecto unas personas utilicen su capacidad intelectual más que otras; así mismo, no será razonable considerar que si una persona supuestamente utiliza más su capacidad intelectual que otra, requiera de mayor o menor protección, ya que en teoría lo que hace el Derecho del Trabajo es proveer de condiciones contractuales equilibradas en caso de que estas no se hubiesen negociado de esa manera, para lo cual, en nada es relevante si el trabajador es empleado u obrero.

Tal como se observó al inicio de esta investigación, la razón principal para efectuar esta diferenciación en el Ecuador –muy similar a lo sucedido en Francia– fue la de proveer un mejor régimen de protección al empleado –considerado este como trabajador que presta sus servicios empleado mayoritariamente su intelecto–, no tanto porque se considera se encuentra en mayor desequilibrio, por el contrario, como una cuestión de clases donde al empleado por considerarse más instruido y más cercano socialmente a las clases dominantes, se le confiere un mejor catálogo de derechos que al obrero.

En este caso, que al obrero que trabaja en el sector público se le confiera un régimen más protector que al empleado tiene sentido en la medida en que al obrero se le asuma en una relación más desequilibrada; aunque se ha observado que esa presunción no es del todo cierta, ya que se ha asumido que esta diferenciación no resulta adecuada en la medida que presupone injustificadamente que un tipo de trabajadores emplea más o menos el intelecto para desempeñar su trabajo y que, por tal razón, debe tener un régimen jurídico distinto.

Luego pues, carece de sentido que se diferencie entre obreros y servidores en el sector público cuando esta disquisición ya tiene muy poca validez en el ordenamiento laboral en general y en particular en el ecuatoriano, donde los empleados y los obreros mantienen un régimen prácticamente idéntico; por lo tanto, la presunción de que los obreros se encuentran en un estado diferente que el de los empleados –actualmente adoptada por el régimen laboral ecuatoriano– no es sostenible. Más aún cuando, en la práctica, será muy difícil precisar qué personas utilizan primordialmente su capacidad física por sobre su capacidad intelectual, para calificarlos como obreros o no. De ahí que el criterio delimitador para conocer a qué trabajadores públicos se les aplica el régimen particular del servicio público y a qué trabajadores se les aplica el régimen de los trabajadores del privados, resulta actualmente desfasado y poco prolijo.

Luego, lo razonable sería asumir a los obreros públicos como servidores públicos ya que carece de sentido esta diferenciación, tal como se ha visto. Así pues, la solución en este caso tendría que ser similar tanto para obreros y trabajadores públicos; hecho del que ya se ha percatado el gobierno ecuatoriano, que actualmente se encuentra tramitando algunas enmiendas constitucionales dentro de las que se encuentra homologar el sistema de protección tanto de los obreros como de los servidores públicos, ya que incluso bajo

el supuesto de que se entienda que los obreros se encuentran en inferiores condiciones que los servidores públicos, esto tampoco determina que el poder público –que es a quien prestan sus servicios– haya dejado de representar el interés de todos; lo que determina que incluso en este caso el interés particular de los obreros del sector público deberá someterse al interés colectivo del poder público, por lo que también para estos se encuentra justificada la existencia de un régimen particular, que confiere menores derechos a los trabajadores públicos en la medida en que su empleador representa intereses colectivos que son jurídicamente más relevantes para el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Así, bajo el actual sistema jurídico constitucional ecuatoriano, resulta poco sostenible que los obreros del sector público puedan gozar del régimen de protección del Derecho del Trabajo privado, ya que en este caso se estaría anteponiendo el interés particular de los obreros públicos al interés general representado por el poder público –que no podría imponer un régimen especial a estos trabajadores–, lo que es contrario con el sistema constitucional ecuatoriano, como se ha detallado.

De todas formas, esta investigación pretende una visión lo más pragmática del Derecho del Trabajo, de tal manera que para tratar el tema de la inclusión de los servidores públicos en el régimen laboral o no; cabe efectuar un análisis aplicando los principios jurídicos para proveer una solución que sea satisfactoria más allá del régimen jurídico que defiende cada Estado en particular.

Así, para analizar si cabe o no que los servidores públicos tengan un régimen jurídico distinto que el de los trabajadores privados, habrá que considerar si en efecto el hecho de que los trabajadores presten sus servicios a los poderes públicos justifica que exista un régimen jurídico distinto que el de los trabajadores privados.

Respecto de ello, sin importar cuál sea el régimen o ideología que se defiende, se entiende que el poder público representa a los ciudadanos y sus intereses en general; lo que permite a los poderes públicos gozar de ciertas potestades justamente por la especial situación en la que se encuentran, ya sea que nos encontramos ante un Estado socialista o liberal. Claro está, si se considera que el Estado no ejerce funciones de dirección y que en general interviene en la economía como cualquier otro sujeto, nada justifica que

exista un régimen distinto, lo que parte de una interpretación que entiende que el Estado solo residualmente ejerce potestades públicas, lo cual ciertamente es de difícil sostén ya que la misma esencia de la existencia del Estado es que este sea un poder superior al menos de control de las actividades de la sociedad. Por lo tanto, asumir que el Estado solo residualmente ejerce esas funciones para atribuirle un régimen igual que el de los privados<sup>493</sup>, es desvirtuar la misma razón de ser del Estado, que si fuese mayoritariamente un actor asimilable a los privados de manera principal, pierde razón de ser.

En esta virtud, y dado que el Estado cumple con una función al menos de contralor de la actividad de la sociedad, cuando no de director es justificable que este sujeto en especial, tenga un régimen particular<sup>494</sup> con respecto a sus trabajadores que le permita ejercer similares beneficios que aquellos de los que goza en sus actividades ordinarias; toda vez que estamos ante el ente director de la organización social, sin importar el grado de intervención que cada Estado considere legítimo establecer.

Por lo tanto, aparece justificable la división existente, la cual en el caso ecuatoriano además es garantizada a nivel constitucional; por lo que la redefinición de la relación de trabajo propuesta no pretende incluir a los trabajadores públicos, tanto porque según se

---

<sup>493</sup> “El primer país que procede a una reforma radical de su Empleo Público es Italia, cuya potente doctrina científica había hecho saltar las alarmas desde los mismos años ochenta, posiblemente porque el empleado público italiano, no siendo trabajador, tampoco era funcionario en el sentido de disponer de un estatuto propio, aunque se rigiera por multitud de normas de Derecho Público. La Ley 421/1992 da un giro en profundidad a la situación al disponer que la relación de empleo público pasará a regirse por las normas del Código Civil referidas al contrato de trabajo (y de las leyes de trabajo privado de la empresa) si bien con algunas reglas diferenciales –se trata, posiblemente, de una relación laboral especial- así como con la plena exclusión de algunas categorías de personal que se mantienen en la órbita del Derecho Público (jueces, abogados y procuradores del Estado, persona militar y fuerzas de policía, y diplomáticos). Los jueces ordinarios pasan a entender las relaciones de empleo público ahora privatizadas, y surge un nuevo ente negociador colectivo para los empleadores públicos, el ARAN. (...) Pues bien, la interpretación restrictiva de los puestos reservados a funciones de soberanía, unida a la tendencia a un gestión empresarial, conducen inevitablemente a una laboralización del empleo público y al abandono de las señas de identidad funcionariales, como el procedimentalismo y la inamovilidad.” OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 543.

<sup>494</sup> “...Although the particular personal work relations of public officials or functionaries in substance usually resemble versions of ‘standard employee’ work relations in which the worker benefits from strong protection of security of employment and income, the legal construction of those relations is usually radically different from that of standard employee relations, being in terms of a public law status which would in many systems not be regarded as a contractual one, because the view is taken that the public official should be ‘above the fray’ of contractual work relations.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 352.

ha señalado considero que existen claras justificaciones para que en el caso ecuatoriano los servidores públicos se sometan a un régimen distinto, pero fundamentalmente también porque la presente investigación pretende una redefinición de la relación de trabajo conforme se ha determina desde su perspectiva legal, de manera tal que ha asumido que la Constitución y los Tratados Internacionales son límites para la redefinición de la relación de trabajo, pero no son normas que pretendan reformarse dentro de este análisis.

En consecuencia, si la Constitución de la República expresamente determina la aplicación de un régimen distinto a los trabajadores del sector público, incluso si no estuviese de acuerdo con esa posibilidad –lo que como se ha dicho no sucede–, este trabajo no pretende transgredir ni modificar los límites de regulación laborales impuestos por la normativa suprallegal, por lo que la redefinición de la relación de trabajo que se propone no alcanza a los servidores públicos en el caso ecuatoriano.

#### **14.5. CONTRATO DE ACTIVIDAD**

Contrario a las perspectivas analizadas, en la línea de tendencias que buscan ampliar la relación protegida por el Derecho del Trabajo desde una perspectiva más organizada y esquemática que va más allá de la subordinación, una de las propuestas más desarrolladas ha sido la del contrato de actividad.

Este contrato, primordialmente desarrollado por la doctrina francesa, pretende conferir protección en virtud de un estatuto profesional por el cual no se aplica las normas del Derecho del Trabajo solamente a un tipo de trabajadores o relación; sino que se aplica en virtud de la pertenencia a la fuerza de trabajo en general, todo lo que permite que exista protección en aquellos momentos en que no se prevea una protección a partir de la relación de trabajo. Esto permite a su vez, incluir dentro de este régimen tanto a los trabajadores subordinados, autónomos o a terceras categorías<sup>495</sup> ya que la diferenciación

---

<sup>495</sup> “...En ese marco, concluye, se procura de todos modos de garantizar la continuidad de la protección, pero no necesariamente sobre la base de la detentación de un empleo, sino sobre la continuidad de un estatuto

se hace irrelevante porque la protección, como se ha dicho, se realiza en virtud de la pertenencia a un estatuto profesional.

De todas formas, cabe señalar que las propuestas para un contrato de actividad no son unívocas<sup>496</sup>, habiendo varias tendencias sobre el mismo. Así por ejemplo, existen aquellas que no propugnan un reemplazo del ordenamiento actual; sino un régimen paralelo que establezca unos derechos básicos para los trabajadores en general, pero dejando el régimen de protección completa para los subordinados<sup>497</sup>. Este sería un sistema transversal similar al que se ha denominado como de los “worker” en el Reino Unido. Este régimen fundamentalmente ya se ha analizado al momento de observar las teorías que defienden la creación de trabajadores con menores derechos, y el régimen aplicable al “worker” en el Reino Unido, por lo que no merecerán adicionales disquisiciones sobre el tema. Por lo tanto, el contrato de actividad que fundamentalmente se discute aquí es aquel por el cual se desconoce la división binaria y se establece un régimen expansivo, que además supone una protección comunitaria de los empresarios con respecto a los trabajadores, ya que en este acápite de la investigación se estudia este

---

profesional que trascienda la diversidad de las situaciones que atraviesa el trabajador a lo largo de su carrera. (...) Interesa, también (y principalmente por ello le hemos dedicado esta tan esquemática mención) porque, al asignarle, al sistema de protección, *unas fronteras exteriores sensiblemente más abarcativas* –a su interior se encuentra, como queda dicho, *el trabajo dependiente y el autónomo y todas las víctimas intermedias*, el tiempo de formación, de descanso, de compromiso cívico o familiar, etc. – *puede reducir los desequilibrios que en términos de recursos de protección, pueden observarse entre sus límites o fronteras de la dependencia.*” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 152-160.

<sup>496</sup> FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 290.

<sup>497</sup> “...More generally, the Report points out that labour and social security laws are currently divided, in terms of the scope of their application in different European countries, between four concentric circles. The outer circle is universal, ie covers ‘everyone irrespective of any kind of work’. Rights for health care, for example, are guaranteed, at least in most countries and to some extent universally. The second circle covers unpaid work, such as care for other people, training on one’s own initiative or voluntary work. People within this circle enjoy, in some countries, retirement benefits linked to child rearing, accident coverage for certain kinds of volunteer work, etc. The third circle covers any kind of paid work. Health and safety regulations, for example, usually cover independent contractors as well as employees. Lastly, the fourth (inner) circle covers only ‘employees’, who enjoy all the previously mentioned rights and numerous others. The Report offers this typology as a framework for defining ‘labour force membership status’. There is no intention to super- sede the employment status. ‘Labour force membership status’ is intended to point out the different circles involved, to trigger a rethinking of the appropriate circle of application for each right, and especially to address the shifts between the circles and point towards the need for some continuity and security in this regard.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 137.

tipo de soluciones expansivas del Derecho del Trabajo.

Luego el contrato de actividad al que nos referimos es aquel que mantiene su vigencia, incluso si el trabajador en un momento no se encuentra prestando su servicio, justamente como mecanismo para proveer de protección en aquellos casos en que el trabajador queda desempleado<sup>498</sup> y que se ha entendido que es aquel momento que presenta un estado de mayor vulnerabilidad para la persona que es parte de la fuerza productiva dentro de un Estado. Así pues, se genera un andamiaje de protección social para los miembros de la fuerza de trabajo en general.<sup>499</sup>

Este mecanismo, si bien nace de las tendencias de protección universal que antes ya fueron analizadas, es distinto por algunas consideraciones; primero porque se establece una forma organizada de redefinición –lo que no sucede con las tendencias de protección universal que suelen ser postulados mayormente indeterminados–.

Luego, también porque el contrato de actividad no pretende cargar al Estado todo el peso de la protección que sugiere deben tener los miembros de la fuerza laboral; por el contrario, se establece un mecanismo por el cual todos los beneficiados de la prestación de servicios sean los que asuman la protección que se conferirá a los miembros de la fuerza de trabajo.<sup>500</sup>

---

<sup>498</sup> JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 189.

<sup>499</sup> “Este contrato de actividad, ofrecería la posibilidad de proporcionar a los trabajadores protección social homogénea incluso si cambian de condición, como ocurre cuando el contrato de trabajo original se convierte en un contrato de empresa o de arrendamiento de servicios. Lo original de esta propuesta es que estos contratos anómalos no se harían con un empleador determinado, sino con una entidad que BOISSONAT llama *red de empresas*, la cual agruparía empresas, instituciones de formación, colectividades territoriales y cámaras de comercio. El hecho de estar vinculado a la red le proporcionaría al trabajador una cierta garantía de continuidad en el empleo y de seguridad en los pagos, pues la red dispondría de un fondo alimentado por las empresas que contrataran a los trabajadores, el cual pagaría las remuneraciones. En suma, el sistema funcionaría como una mutualidad y sin ser una agencia de trabajo temporal, operaría en una forma parecida” BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución el pensamiento juslaborista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, págs. 247-251.

<sup>500</sup> “Ce nouveau cadre juridique créerait un concept nouveau, le contrat d’activité qui engloberait le contrat de travail sans le faire disparaître. Ainsi que l’a montré Alain Supiot, le « travail-marchandise » (que l’on peut découper en heures de travail) est appelé à reculer devant le « travail global », qui incorpore notamment les temps de formation. Il ne s’agit pas, pour autant, de reprendre le concept de « pleine activité » où l’on confond le travail productif avec toutes sortes d’activités socialement utiles, pour justifier un système d’allocation universelle, payée par la collectivité, compensant l’exclusion de fait du marché du travail. On ne fera pas disparaître le chômage en décrétant simplement que les chômeurs qui font des choses utiles sont

En esta virtud, el contrato de actividad se celebra entre el trabajador y los miembros de una rama de la industria, que se denomina como red de empresas<sup>501</sup>, mismas que en conjunto asumen los costos de la fuerza de trabajo de esa industria. Luego pues, si el trabajador deja de estar vinculado a un determinado empleador, los miembros de la red de empresas serán los que asuman los costos que suponga la reinserción de este trabajador mientras se encuentre buscando un nuevo trabajo.

Este contrato de actividad leído tal como se describe parece ser una posibilidad razonable en la medida en que establece situaciones donde debe existir protección pero no carga la responsabilidad de esta al Estado; sino a aquellas personas que habrían generado el desequilibrio o la necesidad de protección, que serían quienes se benefician del trabajo. También resulta relevante en la medida que corrige el problema que se encuentra ante la desprotección del trabajador cuando este ya no se encuentra dentro de la relación de trabajo.

Bajo la creación de una nueva relación jurídica por la que la relación de trabajo, no es solo con el empleador sino con los empleadores dentro del mercado de trabajo, entonces se carga los costos del desequilibrio que se genera a partir de la pérdida de trabajo a los beneficiarios del desequilibrio en un determinado mercado. Así pues se corrige un desequilibrio en el poder de negociación aun cuando ya no hay relación de trabajo

---

des actifs qui méritent rémunération et ne sont donc plus des chômeurs. Ce tour de passe-passe social tromperait personne. De même qu'il nes'agit pas de créer un statut de l'actif sur le modèle du statut du fonctionnaire. " BOISSONAT, JEAN. Travailler autrement. *Revista Les cahiers millenaire* 3, núm 6, 1998, pág. 15.

<sup>501</sup> "...Otra propuesta de reformas de la legislación, que es oportuno considerar por la difusión que en su momento tuvo y por haber pretendido instituir nuevas formas de encuadrar las relaciones de trabajo, fue la formulada por Jean BOISSONAT. La idea básica de este autor gira en torno del *contrato de actividad*, que no es sustitutivo del contrato de trabajo, sino complementario, pues en su opinión, permitiría dar un marco adecuado a las diferentes modalidades que asumen actualmente las actividades laborales. Este contrato de actividad, ofrecería la posibilidad de proporcionar a los trabajadores protección social homogénea incluso si cambian de condición, como ocurre cuando el contrato de trabajo original se convierte en un contrato de empresa o de arrendamiento de servicios. Lo original de esta propuesta es que estos contratos anómalos no se harían con un empleador determinado, sino con una entidad que BOISSONAT llama *red de empresas*, la cual agruparía empresas, instituciones de formación, colectividades territoriales y cámaras de comercio. El hecho de estar vinculado a la red le proporcionaría al trabajador una cierta garantía de continuidad en el empleo y de seguridad en los pagos, pues la red dispondría de un fondo alimentado por las empresas que contrataran a los trabajadores, el cual pagaría las remuneraciones." BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución el pensamiento juslaborista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, págs. 247-251.



individual, estableciendo que la relación es más amplia que la aparente relación individual.

Esta figura además no desnaturaliza el objeto del Derecho del Trabajo, en la medida en que se corrige el desequilibrio en una relación de trabajo, pero redefiniendo y ampliando los sujetos de la relación de trabajo y de paso soluciona uno de los mayores desequilibrios que existen dentro del mercado de trabajo que se produce cuando el trabajador en efecto queda sin trabajo.

Así mismo, es interesante en cuanto se desconoce la protección binaria –que se ha demostrado tan falible– y se procede a generar una protección que parte de un nuevo concepto que también se precisa<sup>502</sup>, que es el pertenecer a la fuerza productiva y prestar servicios personales. Así pues, se genera una protección amplia, aunque tampoco se precisa con mayor exactitud el criterio definitorio para la aplicación del contrato. Esto pues no aclara problemas como los que surgen cuando un contrato como el de actividad se aplica a quienes aunque presten servicios, y pertenezcan a la fuerza de trabajo, no se encuentran en una situación de desequilibrio, por lo que lógicamente no debería existir protección.

Es un mecanismo de ampliación potencialmente indiscriminada entonces, que podría generar conflictos en la medida en que genere protección a miembros de la fuerza de trabajo que, al no encontrarse en una posición de desequilibrio, no deberían estar protegidos.

Finalmente, el error que fundamentalmente mantiene este contrato de actividad es que socializa los costos de la manutención de los trabajadores a la industria en general. Asume que los empresarios tenderán a mantener un mercado de trabajo no competitivo donde todos aporten por igual para conservar a los trabajadores dentro del mismo, bajo

---

<sup>502</sup> “El compromiso de actividad es una noción de categoría sobre la que se debe construir el paradigma del modelo de relaciones laborales de integración. El Derecho del Trabajo, su marco jurídico, ya no es solo el derecho de los contratos de trabajo y de la autorregulación colectiva sino el conjunto del Derecho Social que se ordena en varios círculos de vinculación jurídica según la posición del trabajador, y cuyo amparo tiene plena cabida en la Constitución.” JÁUREGUI, RAMÓN; MOLTÓ, JUAN IGNACIO; GONZÁLEZ DE LENA, FRANCISCO, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 195-199.

una visión casi comunista de empresas cooperativas y no competitivas, lo cual es absolutamente utópico<sup>503</sup> dentro de un sistema de mercado donde la base es la individualidad de las empresas y la competencia que estas presenten por las ventajas que tengan unas respecto de otras; dentro de las cuales, aquellas que provengan del mercado de trabajo serán un mecanismo adicional de competencia, siempre y cuando se cumplan los mínimos previstos por la ley.

Aquí se produce un error contrario al común dentro de las teorías que buscan una redefinición de la relación de trabajo. Así, donde la mayoría de teorías de redefinición del Derecho del Trabajo ponen a la ideología, y especialmente a la economía como el criterio central para determinar la definición de esta relación, –por lo que reducen el fin del Derecho del Trabajo, a un mecanismo de simple regulación económica– por el contrario, este sistema, olvida el fin económico del Derecho del Trabajo –que es uno de los fines que como se ha visto debe observar–. Así pues, se obvia que el trabajo se encuentra insertado dentro de un mercado capitalista de libre competencia, donde el sufragio de los costos labores comunitarios no tiene mayor sentido. En esta virtud, se olvida la función económica, y la realidad del trabajo como inserto en el mercado, lo que provoca que se proponga una solución que dentro de un sistema de mercado, como el que predomina en la mayor parte del mundo, será inaplicable.

Al final, aunque desde una perspectiva diferente es un error similar que aquel que nace de considerar al Derecho del Trabajo como un simple instrumento de política económica lo que se produce con la propuesta de un contrato de actividad. Al efecto, si bien la mayoría de propuestas de redefinición reducen al Derecho del Trabajo a un aparato que

---

<sup>503</sup> “La principal objeción a la tesis Boissonnat consiste, no en la extravagancia de las entidades colectivas de empleadores, sino en el sentido de dichas entidades colectivas. En efecto, hemos ido analizando en varios capítulos de esta obra la enorme expansión de las fórmulas conectivas entre empresas, y la idea del Informe de pretender una generalización del dato mediante las políticas de fomento en manos del Estado no parecen muy descabelladas en el decurso del tiempo. El verdadero problema radica en considerar a tales grupos como de cooperación plena, ejemplos de solidaridad y hasta de altruismo, dispuestas a conservar una plantilla en lo bueno y en lo malo, cuando en realidad sabemos que una buena parte de los grupos proceden de la división y parcelación dirigidas a eludir los inconvenientes de la responsabilidad unitaria. Dicho de otro modo, el empresario moderno prefiere la articulación a la integración, lo cual tiene mucho que ver con el fracasado de las profecías marxistas de la destrucción del capitalismo por concentración en monopolios. Redes, grupos, franquicias, cadenas de contratas empresas de trabajo temporal, no parecen dispuestas a compartir responsabilidades sociales excepto en lo que les beneficie.” OJEDA, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010, pág. 568.

tiene como única función la regulación del mercado de trabajo, propendiendo a la reducción de derechos puesto que se considera que esta es beneficiosa en sí misma –por lo que se asume que el único fin del Derecho del Trabajo es la regulación económica, aunque la misma no es su única función–; por otra parte, la propuesta del contrato de actividad falla en cuanto no observa el fin económico del Derecho Laboral, que es el de asegurar el equilibrio en la relaciones de trabajo como mecanismo para garantizar el funcionamiento del mercado de trabajo.

En consecuencia, el Derecho del Trabajo no puede ser por un lado solamente un mecanismo de control económico, ni tampoco puede establecerse desconsiderando la realidad económica en que se genera ya que ambas soluciones los desnaturalizan.

Así pues este tipo de contrato más que crear una nueva definición de la relación de trabajo protegida, busca crear un nuevo mecanismo de producción y de manejo global de la economía<sup>504</sup>; lo que no se puede hacer sólo desde el mercado del trabajo, sino que debería suponer un sistema de comunismo a todo nivel, ya que de lo contrario será fácticamente imposible insertar el mismo dentro del mercado. Esta razón es por la cual esta propuesta ha tenido poca acogida en la práctica, aunque si será útil en esta investigación en la medida que permite observar que el Derecho del Trabajo no debe limitarse a su función económica, pero tampoco puede olvidarla si pretende una aplicación del ordenamiento jurídico que propone.

#### **14.6. LA PROTECCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO MÁS ALLÁ DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Una de las perspectivas desde las que se ha pretendido operativizar este nuevo Derecho del Trabajo extensivo, que proteja a la prestación de servicios es aquella por la cual se pretende deslindar la protección del contrato de trabajo o de un contrato en general y

---

<sup>504</sup> “El Estatuto de los Trabajadores no es solo ahora un marco jurídico del contrato de trabajo respecto de los derechos de los trabajadores sino que implica la ordenación del funcionamiento de la empresa más allá de su condición de sujeto contractual.” JÁUREGUI, RAMÓN; MOLTÓ, JUAN IGNACIO; GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 199-203.

establecer una protección que parte desde la existencia de la relación de trabajo, sin necesidad de que se configure un contrato de trabajo.

Al efecto pues, uno de los conceptos delimitadores para determinar qué relación de trabajo debe ser protegida ha sido el de la existencia de un contrato como requisito indispensable para que pueda generarse protección; concepto este que se ha desarrollado históricamente, ya que inicialmente durante el progreso del trabajo se aplicó la figura jurídica del contrato como institución que permitía establecer la protección del Derecho del Trabajo<sup>505</sup>, pasando de la situación inicial a la existencia de una relación de trabajo que se va juridificando en la medida en que se configura dentro del contrato de trabajo.<sup>506</sup>

Todo esto, ya que la figura del contrato era aquella, de las existentes hasta ese momento, que mejor se adaptó para la regulación de la prestación de servicios de los obreros, que fueron los primeros beneficiados por este nuevo ordenamiento jurídico y además, al insertarse en el sistema capitalista de producción<sup>507</sup> utilizó al contrato como el mejor mecanismo para esa función. Cosa que, por ejemplo, no sucedió en los ordenamientos socialistas, donde la relevancia del contrato como mecanismo de protección no fue tan importante como en los ordenamientos jurídicos insertados dentro del sistema capitalista en los que la figura de los contratos es central como dispositivo que posibilite las transacciones y la existencia del mercado; lo que no era necesario en la mayoría de

---

<sup>505</sup> “The gradual transition from status to contract took place in the industrialised societies under consideration in this work, with the progressive establishment of the notion of the contract of service, or the Continental analogous notions of *locatio operarum* or *louage de services*, all concepts that constitute the evolutionary link between the pre-modern idea of status and the modern contract of employment.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 17.

<sup>506</sup> “...La aparición de la noción de relación de trabajo, que nace del simple hecho de pertenecer o laborar en una empresa. Así, para efectos de establecer si se aplica el derecho del trabajo, importa saber si se trata de una relación de trabajo, independientemente de que exista o no un contrato nominado de trabajo.” SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*, en: KURCZYN, PATRICIA; PUIG, CARLOS. (COORDINADORES). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 769.

<sup>507</sup> “...The codes formalised the shift towards a market-based conception of legal relations, structured around notions of contract and of property rights.” DEAKIN, SIMON. *Timing is everything: Industrialization, Legal Origin, and the Evolution of the Contract of Employment in Britain and Continental Europe*, En: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 80.

regímenes socialistas clásicos<sup>508</sup>.

En esta virtud es que llegó a ser preponderante la figura del contrato, como aquel mecanismo para la regulación de la relación de trabajo porque, además, permitió regular la relación de trabajo en una serie de aspectos aplicables a los contratos en general que no estaban definidos dentro de la relación laboral, toda vez que al valerse de la teoría de los contratos, varias de las lagunas que hubiese presentado el Derecho del Trabajo fueron solventadas por la teoría general del Derecho Civil; por lo que, surtió también el beneficio de incorporar a la relación el marco de regulación previsto en la teoría del contrato en lo que no se contraponga con las normas laborales, beneficio este del que se goza todavía hoy en muchas legislaciones —en el caso ecuatoriano donde la norma civil de acuerdo al artículo 6 del Código de Trabajo es supletoria—, esto permite, por ejemplo, utilizar la teoría de la interpretación de los contratos en la inteligencia del contrato laboral en la medida en que no se contraponga con los principios del Derecho del Trabajo, lo cual significa incorporar un desarrollo milenario no poco relevante.<sup>509</sup> De todas formas, a cambio del beneficio de utilizar la figura contractual en algunos ordenamientos, se llegó al extremo de sólo proteger la relación de trabajo en la medida en que se configure un contrato, dejando de lado el amparo a la sola relación.

Así pues, se ha llegado —en algunos ordenamientos jurídicos— a una interpretación rígida de este requisito, por la cual se considera que, aunque se cumplan los restantes elementos para que exista una relación trabajo, si no se encuentra que exista un contrato de trabajo, se entiende que la relación de trabajo no tendrá que ser protegida. Este razonamiento, por ejemplo, se ha empleado en muchos casos dentro del sistema jurídico del Reino Unido y es importante analizarlo, puesto que sintetiza muchos de los errores técnicos

---

<sup>508</sup> “Contract did not play much role during the decades of the socialist era, either in setting the terms of the employment relationship or in shaping the rights and duties of people in general. The state was based on centralised national property and people were legally prevented from owning property beyond personal needs. Consequently, private business transactions— besides elementary contracts of everyday living— were not a standard part of life. Transactions of economy and commerce were executed almost exclusively between parts of the nationalised property.” KOLLONAY, CSILLA. *Ways and Effects of Deconstructing Protection in the Post-socialists New Member Status-based on Hungarian Experience*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006 pág. 223.

<sup>509</sup> “... Whenever matters are not provided for in terms of legislation or collective agreements, judges have to evoke the general principles of contract in order to lacunae relating to the terms and conditions governing the relationship between the parties.” VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 21.

sobre los que se han sustentado los mecanismos de protección que genera el Derecho del Trabajo.

De esta forma, la diferencia fundamental entre la figura de la relación de trabajo y el contrato de trabajo, es que en el caso del contrato de trabajo hay la necesidad de un consentimiento para su conformación; mientras que la relación de trabajo puede ser una situación que se configura sin que necesariamente exista consentimiento.

Luego, si el requisito para la protección es que siempre exista contrato de trabajo, cuando solamente se haya configurado una relación de trabajo, no existirá protección porque no se cumple uno de los requisitos que la legislación ha considerado fundamentales para que se produzca la tuición del ordenamiento laboral.<sup>510</sup>

Si analizamos ambas situaciones, por una parte aquella donde existe un contrato de trabajo que regula la prestación de un servicio entre el trabajador y su empleador, y por otra parte observamos la relación que se produce entre quien presta un servicio y quien lo recibe sin que efectivamente exista un contrato, se puede concluir que la relación donde existe un contrato aparece más organizada, y en general permite observar una relación más formal, mientras que la relación de trabajo que no ha configurado un contrato aparece como una relación más fáctica, menos regulada, y en general más precaria, que fácilmente pudo haberse generado porque una de las partes haya impuesto las condiciones de negociación para que se genere la prestación de servicios.

Por lo tanto, si se considera que el Derecho del Trabajo es aquel que debe proteger la relación de trabajo que se encuentra en un desequilibrio –que determina desigualdad en el poder de negociación– habrá que observar que la relación de trabajo que debería preferirse a la hora de determinar una protección, más que la relación contractual<sup>511</sup> es aquella que se ha mantenido por un esquema más que nada fáctico, ya que en esta última habría la clara posibilidad de que la parte más fuerte imponga sus condiciones porque ni

---

<sup>510</sup> “Alternatively, such a view may be imposed negatively: when a labour law system encounters a certain employment relation, it may refuse to admit that relation to the category of employment contracts because it is judged to lack a certain contractual nature and structure.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 158.

<sup>511</sup> JARAMILLO, IVÀN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 16.

siquiera existe la regulación del contrato.

Pese a lo analizado, la relación de trabajo que se protege en muchos ordenamientos solamente es aquella que se haya configurado bajo la figura de un contrato, por lo tanto queda desprotegida la relación de trabajo que no ha alcanzado a constituirse en un contrato.

Luego pues, el Derecho del Trabajo no observa si está cumpliendo su objetivo, de proteger a la parte en desigualdad de condiciones en una situación de desequilibrio. El Derecho del Trabajo se queda en la aplicación robótica de los elementos de la relación, de manera tal, que sólo se observa –para la aplicación del Derecho del Trabajo– si se aplican los elementos previstos para generar la protección del mismo, y no si realmente se está cumpliendo con los objetivos de esta rama jurídica.

Esta situación nos evidencia uno de los fallos claros del ordenamiento jurídico laboral, siendo este que muchas veces el fin en sí mismo del Derecho del Trabajo se convierte no en la protección de la persona en desequilibrio en la prestación, sino en la observancia del cumplimiento de los requisitos para que se genere protección, aun cuando estos elementos en nada determinen que existe un desequilibrio. Esto se encuentra aún de manera más clara con esta disquisición entre relación y contrato.

Por lo tanto, los elementos para determinar la protección de facto se convierten en el objeto en sí mismo del Derecho del Trabajo, como si la intención principal fuera en este caso, la protección de las relaciones que sean contratos; como si esta calificación permitiría de alguna forma deducir que se requiere de alguna protección especial.

En estas condiciones pues, y ya que se ha concluido lo evidente –esto es que el hecho de que una relación de trabajo se encuentre reconocida en un contrato de trabajo no es un elemento que justifique que debe existir protección ya que en ningún caso determina desequilibrio, sino incluso lo contrario–, en aquellos ordenamientos en que se ha determinado estrictamente la necesidad de que exista un contrato para que se genere protección se ha establecido que, desde la perspectiva teleológica del Derecho del Trabajo no se encuentra justificado que se proteja a una relación de trabajo cuando sea un contrato; y que por otra parte, se la desproteja cuando sólo llegue a considerarse como una relación.

En esta situación el cambio para incrementar el ámbito<sup>512</sup> del Derecho del Trabajo ha sido ampliar el elemento que permite determinar cuál vínculo será protegido volviendo a la figura de la relación. Así pues, no se limita la protección a la sola existencia de un contrato, sino que también puede generarse la protección cuando sólo se encuentra una relación –aun cuando no haya contrato–, esto permite que más relaciones que realmente suponen desequilibrio puedan protegerse, sin limitarse a la relación contractual. Hay que precisar aquí que no se está aplicando la teoría relacional clásica alemana que establecía la protección en la medida en que exista una integración en la comunidad de producción<sup>513</sup>; en este caso, la relación que se protege se determina por la sola prestación de un servicio, que por ese hecho genera nexo jurídico, sin necesidad de que exista la integración ya referida.

Toda esta disquisición pues, en cuanto a su sentido literal no es relevante en el Ecuador –tal como se analizó previamente en este trabajo– puesto que se protege la relación aunque no se configure el contrato, ya que la sola relación permite asumir por una ficción jurídica que existe contrato, como se desprende del artículo 12 del Código de Trabajo. Solución esta que no solo se encuadra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que también se encuentra en otros ordenamientos cercanos, como sucede por ejemplo en el caso colombiano.<sup>514</sup> En ambos casos puede verse la observancia del objeto final del

---

<sup>512</sup> “Perhaps the most controversial element in that adapted equation, and certainly the element upon which our attention needs to be focused for the purposes of the present work, consists in its assertion of a new and wider scope for labour law: this is the move from the contract of employment to the personal work relation. In other words, the controversy as to whether it is feasible and useful to move to an adapted purpose/scope equation tends to focus upon the scope, that is to say upon the new boundary definition. So in relation to our proposed equation, the controversy would be concentrated on the assertion of the ‘personal work relation’ as an appropriate new boundary definition.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 21.

<sup>513</sup> “...En su versión más radical, esta concepción conduce a repudiar la referencia al contrato en el análisis jurídico de la relación de trabajo. Esta última se concibe como una relación comunitaria, que nace por el solo hecho de la integración del trabajador en la comunidad de trabajo. La pertenencia de hecho (Tatbestand) a la empresa es la verdadera fuente de la relación jurídica de trabajo, la que confiere al trabajador el estatuto de miembro en la comunidad. El trabajador asalariado se halla, pues, en una posición estatutaria, y no contractual. Dicho estatuto confiere un conjunto de derechos y de obligaciones cuyo alcance depende de la función que ocupa el trabajador en el seno de la comunidad.” SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pág. 34.

<sup>514</sup> “Así las cosas, la relación laboral definida como fenómeno jurídico objetivo de prestación de servicios por cuenta de otro, daba lugar al vínculo, con independencia del acuerdo de voluntades que lo procede, incluso con la prohibición expresa a las partes de apartarse del tipo laboral cuando se reunieran los elementos de la citada relación. Esta teoría dio origen a principios del Derecho del trabajo, como el de primacía de la realidad sobre las formas, que tiende justamente a dar prevalencia a lo fáctico sobre lo



Derecho del Trabajo en cuanto se protege la relación en desequilibrio más allá de examinar si se ha cumplido o no la formalidad contractual, lo que tiene plena lógica.

Así pues, la opción del Derecho del Trabajo ecuatoriano resulta correcta, ya que no se enmarca en la simplificación<sup>515</sup> que supone encuadrar a la relación de trabajo solamente a la figura de una relación o a la figura de un contrato. De esta forma, ya sea que estemos ante una relación o ante un contrato de trabajo, se asume la existencia de un contrato de trabajo y es procedente la aplicación de la teoría general del contrato más modulado por los principios de corrección de desequilibrios de la relación laboral. Esto ha provocado que el sistema laboral ecuatoriano en este punto se beneficie de la regulación avanzada de la teoría contractual del Derecho Civil, pero sin olvidar los principios y derechos indisponibles del Derecho del Trabajo; y a la vez este se aplica a las relaciones de trabajo aun cuando no se adapten a la figura de la contractualidad, con lo que en la realidad no se dejan desprotegidas las relaciones laborales que no se puedan considerar como contratos; pese a lo cual, sí es aplicable el régimen contractual en lo pertinente a las mismas lo que aporta de un gran sustento normativo para la relación laboral protegida<sup>516</sup>.

De todas formas, sí resulta sobremanera importante esta discusión ya que aclara uno de los problemas principales de la construcción del Derecho del Trabajo, siendo este que se cimienta por la creación de elementos para determinar la protección de la relación de trabajo, que ordinariamente no determinan que en efecto la relación deba ser protegida.

Correlativamente, aquí se encuentra una posible solución de este problema recurrente del Derecho del Trabajo, siendo esta que se proceda a la modificación de los elementos del Derecho del Trabajo para adaptarlos más al objeto que el mismo pretende observar; para lo cual, se pasa por volver a considerar como elemento de protección a la relación

---

contractual, lo cual resulta ajeno a las categorías clásicas del Derecho civil.” JARAMILLO, IVÁN. *Del derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011, pág. 18.

<sup>515</sup> “...The categorization of the employment relationship as either one of contract or one of status is an over simplification. Nevertheless, it is a useful categorization because it illustrates the adaptability of the common law of contract to changing socio- economic circumstances and political imperatives. The employment relationship can never be governed solely by contract to the exclusion of legislation, or solely by legislation to the exclusion of the common law of contract.” VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007, pág. 21.

<sup>516</sup> KAHN-FREUND, OTTO. A Note on Status and Contract in British Law. *The modern Law Review*, vol. 30, núm. 6, 1967, pág. 635.

de trabajo por sí sola aunque no exista contrato, claramente porque habrá muchas relaciones que ameriten protección aunque no hayan alcanzado a constituirse como contrato justamente por la existencia de ese desequilibrio que podría impedir que un trabajador logre que su relación se enmarque en la protección que puede proveer el contrato<sup>517</sup>.

Cabe resaltar en todo caso, que si bien estamos ante una solución que parte de una visión más amplia del entendimiento del Derecho del Trabajo, en estricto sentido no se puede hablar de una visión absolutamente omnicomprendensiva de la prestación de servicios, ya que si bien permite regular mayor cantidad de relaciones, se establece como límite de la regla en este caso, la regulación desde la perspectiva relacional, por lo tanto, lo que no suponga relación sigue cayendo por fuera de la protección<sup>518</sup>; de ahí, que en la práctica, sí supone una ampliación de la protección pero no ilimitada.

De todas formas, es importante la relevancia de esta visión porque que provee mecanismos más claros para la definición del Derecho del Trabajo. Por lo tanto, en la medida en que se traza el problema típico de esta disciplina en cuanto a una definición rígida y despegada de su objetivo, y en cuanto se plantean soluciones para ese conflicto es que resulta relevante la discusión de ampliación planteada ya que evidencia una problemática y además propone una solución de reformulación del Derecho del Trabajo, y en particular de su relación protegida –lo que es objeto central de este trabajo–.

---

<sup>517</sup> “... This doctrine does not apply where the employer drafts an unrealistic contract and imposes it on the individual. Some commentators have gone so far as to say that the employment relationship should be redefined as a ‘status’ rather than a contract in order to avoid these problems.” SUPIOT, ALAIN, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford: Oxford University press, 2001.

<sup>518</sup> “Work, as opposed to ‘action’ or an unqualified notion of ‘activity’ – which can occur outside a relational framework, or be recreational in character – is, it seems to us, essentially relational. And for this reason we venture to suggest that work that is not ‘relational’ falls outside our concept of ‘personal work relation’. We shall revert shortly to a further development of our normative reasons for identifying that relational element in the particular way that we have done.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág 33.

## **14.7. PROTECCIÓN MULTINIVEL Y ORGANIZADA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**

Partiendo del concepto de relación de trabajo como aquel que permite una extensión del margen de aplicación del Derecho del Trabajo bien vale referirse a una de las propuestas más acabadas sobre la protección del Derecho Laboral desde una perspectiva extensiva y desvinculada de la división binaria, que además considera como materia central de su protección a la relación de trabajo.

En este punto me refiero a la propuesta del profesor Mark Freedland sobre la definición de la relación que debe ser protegida por el Derecho del Trabajo, propuesta que por su detalle es clave a considerar para cualquier investigación que pretenda una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida; más aún, cuando pretende ser una acotación de otra de las propuestas más ampliamente detalladas como es la del contrato de actividad.

Así pues, se pretende mediante esta propuesta pulir este concepto a partir de las ideas de acotación del contrato de actividad, que fundamentalmente lo han criticado en cuanto se entiende que es una posición demasiado imprecisa en la medida en que genera protección sin que exista una determinación clara de los sujetos protegidos; lo que sin duda contrastaría con la idea del Derecho del Trabajo que lo que pretende es la corrección del desequilibrio en una relación pero con unos sujetos beneficiados claramente determinados.

Por lo tanto la propuesta formulada por el profesor Freedland en cuanto a determinar la relación de trabajo que debe ser protegida es remarcable en la medida en que precisa cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida de mejor manera que las corrientes que claman por un Derecho extensivo, que previamente se han analizado y que muchas veces solo alegan la necesidad de una regulación que tenga un ámbito de aplicación amplio que no se limite a los subordinados, aunque no establecen un mecanismo que pueda operativizar esta solución.

Así la propuesta del profesor Freedland es fundamental en la medida en que organiza y crea una propuesta más específica de aquella relación de trabajo que debería ser protegida por el Derecho del Trabajo.

En consecuencia, se establece que la protección debe hallarse vinculada inicialmente con la existencia de una relación de trabajo, apegándose a las corrientes que pretenden la protección de la relación de trabajo por encima del contrato y la relación no colectiva, sino individualizada entre la persona que presta el servicio y aquella que lo ordena. Así, por ejemplo cuando no existe relación, no habrá protección dentro de este sistema, con lo que esta teoría se separa de la visión del Derecho del Trabajo como un Derecho de políticas sociales.

De esta forma, la regulación relativa al desempleo, no se entiende que deba ser parte del Derecho del Trabajo. En este punto coincido con esta posición, como ya se ha evidenciado previamente, puesto que en efecto no debe confundirse la protección social que el Estado pueda proveer por hechos ajenos a la relación de trabajo, de aquellas normas previstas para la corrección del desequilibrio de la relación de trabajo, que son – de acuerdo a esta investigación– el objeto del Derecho del Trabajo.<sup>519</sup>

De ahí que para la redefinición que se propone, esta idea será sin duda más valorada que la del contrato de actividad, que si bien corrige el hecho de que quien confiere la protección por la relación de trabajo sea el empresario que se beneficia y no el Estado; por otra parte genera protecciones sociales que no son propias del Derecho del Trabajo desde una perspectiva teleológica. Así pues, esta posición del contrato de actividad es a su vez corregida por la teoría del profesor Freedland en la medida en que se protege el trabajo mientras se produzca una relación particularizada, donde no se socializan los costos de la relación, sino que quienes deben solventar los pesos de la corrección del desequilibrio no serán los empresarios entendidos como una comunidad, sino cada empresario dentro de su relación.

Al efecto pues, esta propuesta, al partir de considerar que la relación de trabajo que debe

---

<sup>519</sup> “...Esa condición profesional no debe basarse ya en la noción restrictiva de empleo, sino en el concepto más amplio de trabajo. El derecho laboral no puede seguir relegando las formas de trabajo no mercantiles. En el informe de Madrid se descarta el concepto de actividad propugnado por ciertos autores (en Francia, por ejemplo, «el contrato de actividad» por el que se aboga en el informe Boissonnat) debido a su ambigüedad. El trabajo se diferencia de la actividad en el sentido de que responde a una obligación voluntariamente contraída o legalmente impuesta, de carácter oneroso o gratuito y adscrita a una normativa, estatuto o contrato. El trabajo entraña siempre una vinculación jurídica.” SUPLOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Intencional del Trabajo*, vol. 118, núm 1, 1999, pág. 41.

ser protegida justamente es una relación en un sentido particularizado entre el empleador que se beneficie del servicio y su trabajador, incluye todas esas prestaciones de servicios que no necesariamente configuran los elementos propios del contrato. Esto, como se ha dicho, no es necesario en el Derecho ecuatoriano puesto que la relación de trabajo siempre se presume como contrato, por lo que no existe un presupuesto dentro del cual pueda existir una relación que no sea protegida por no considerarla como contrato. De todas formas si es una clara apuesta por la ampliación del ámbito del Derecho del Trabajo, lo que evidencia la clara intención de este régimen, en cuanto pretende extender su aplicación más allá de la relación de trabajo clásicamente reconocida.

Luego, la relación a proteger se ha definido como una relación que debe ser personal, ya que se asume que es razonable la presunción por la cual se entiende que debe existir protección en la medida en que el trabajador no haya alcanzado un nivel de organización que le permita encargarse su trabajo a otras personas. Claro está, la personalidad planteada por esta postura no es la personalidad clásica de las relaciones *intuitu personae*, donde ordinariamente se entiende que para que exista protección en ningún caso puede existir una prestación que no sea personal; por el contrario, la personalidad se entiende desde una perspectiva amplia donde no es lo fundamental que el trabajador preste por sí mismo los servicios contratados, sino que en efecto no haya logrado generar una organización que determine la inexistencia de desequilibrio. Estamos pues, ante un concepto de personalidad laboral, donde bien podría existir protección, aunque la prestación se genere, por ejemplo, de manera accidental por otra persona, ya que en ese caso no se puede hablar de una organización tal que suponga que ese trabajador no se encuentra en desequilibrio.<sup>520</sup> Esta es la teoría de la personalidad que se ha defendido de manera preponderante dentro de esta labor. Además debe reconocerse que se recoge un tema recurrente sobre uno de los elementos que deben ser esenciales a la hora de determinar la relación protegida dentro del Derecho del Trabajo, ya que como se ha podido observar a lo largo de esta investigación, independientemente de que la tendencia a la que se adscriban las teorías que han definido o pretenden redefinir la relación de trabajo, existe

---

<sup>520</sup> "...Personality, in our view, warrants dignity only to the extent that the services provided are truly and predominantly (though crucially not necessarily 'exclusively') a manifestation of one's personal work." FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 376

un claro consenso en cuanto a determinar que esta debe ser una personal, lo cual se puede colegir por el hecho de que en ningún caso el Derecho del Trabajo pretende invadir el ordenamiento aplicable en general a las personas jurídicas.

Así mismo los trabajadores que se protegerán por esta relación de trabajo, no son solo los subordinados; sino que se protege toda prestación de servicios como paradigma central de la tuición. En esta medida, estamos ante una protección que va más allá de la clásica división binaria<sup>521</sup>, pero que establece como centro de su aplicación la prestación de servicios; por lo que, en el fondo, que la prestación se determine como un servicio para ser materia de protección del Derecho del Trabajo se reviste de gran importancia, ya que se busca que su límite sea cualquier actividad que pueda ser la generación de un bien, figura jurídica que no pretende ser regulada por este Derecho. De todas formas, el establecer que la relación de trabajo protegida será una que regule toda prestación de servicios personales, sí supone una expansión del ámbito del Derecho del Trabajo, más allá de la subordinación o autonomía; en la medida que los servicios personales pueden prestarse en cualquiera de esas dos figuras.

Mas, esta no es la única figura de protección prevista por esta propuesta; adicionalmente, se prevé la posibilidad de que existan otras relaciones protegidas que no entren dentro de esta concepción clásica; por lo que, a su vez, estas relaciones de trabajo presentan una regulación particular de acuerdo a las necesidades de cada realidad, de manera tal, que la división binaria se torna innecesaria.<sup>522</sup> Se crea entonces, un sistema bastante pragmático ya que no se intenta reducir todas las relaciones de trabajo a un sistema común, aunque esto también supone el caos que genera la existencia de varias relaciones protegidas entre sí, con muy poca sistematización. Así pues, un nivel ulterior de esta

---

<sup>521</sup> “The idea of personal work is generically more inclusive than the idea of employment, in that it may include occupation, activity, or services which would not be regarded as employment because they failed to fulfil requirements of dependency or subordination which particular labour law systems impose upon that element in their conception of contracts of employment.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 34

<sup>522</sup> “...This change of pattern can be represented as the move from a binary classification of work contracts to a complex multilevel and multipolar classification of work relations – so from an earlier binary contractual analysis – the old pattern – to a later complex multi-level relational analysis – the emerging new pattern.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 37.

propuesta supondría, de alguna manera, organizar las relaciones protegidas por lo menos en categorías<sup>523</sup>, que ahora aparecen sumamente dispersas; por lo que, realmente no estamos ante un modelo completo en la medida en que las relaciones de trabajo que no entren en el paradigma central, no encuentran una organización, sino que pueden establecerse libremente sin ninguna vinculación. En todo caso, sí es importante encontrar que existe un paradigma central, que aunque puede estar deslindado de otras vinculaciones laborales que se creen, sí establece una cierta sistematización de la propuesta.

Cabe señalar que la propuesta referida recuerda en mucho el régimen del Reino Unido del denominado “worker” que se ha descrito, en la medida en que la categoría del “worker” sirve para establecer una protección de base sin importar si el trabajador es autónomo o subordinado, y que bien puede entenderse como protector de una relación y no necesariamente de un contrato, ya que solo requiere obligaciones bilaterales entre las partes para que se configure.

Esto ha provocado que finalmente quien formula la propuesta, más que considerarla como un mecanismo para la redefinición del Derecho del Trabajo, la ha considerado como una descripción de la realidad; lo cual es acertado ya que si se analiza el régimen jurídico del Reino Unido realmente lo que se encuentra es que Mark Freedland fundamentalmente detalla su postura a partir de la interpretación de la realidad del ordenamiento de ese país<sup>524</sup>; por lo tanto, tampoco puede hablarse de una propuesta

---

<sup>523</sup> “Desde esa hipótesis, si la ruptura ya reiteradamente evocada del tipo dominante, la creciente heterogeneidad de los procesos de trabajo, su desestandarización y correlativa ruptura de las categorías tradicionales generara una masiva asignación de estatutos diferenciados de protección –*quebrando también la lógica del estatuto único que correspondiera históricamente a aquel tipo dominante*– es probable que la construcción de más abarcativos centros de imputación del ordenamiento laboral se materialice *ex post*, mediante la reagrupación de las categorías resultantes de aquella fragmentación en función de comunes necesidades –y disponibilidades– de recursos de protección. En tal hipótesis, *la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insisto, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección.*” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 152-155.

<sup>524</sup> “We advance and seek to deploy the idea of the personal work profile not as a status or relationship in and of itself, but as a technique of analysis for better understanding the ways in which the existing legal categories of personal work relations are articulated and applied.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 342.

completamente académica, sino que contiene una aplicación práctica.

En todo caso sí es distinto en la medida en que establece que el paradigma central será la presentación de esta relación para la prestación de servicio, que en el Reino Unido, se aplica de manera similar en el caso del “worker”, siendo el sistema de protección central, aunque solamente de facto. Luego, también es distintiva en cuanto se garantiza expresamente la protección de la relación de trabajo, y se amplía de manera clara y definitiva a toda relación de trabajo que sea a la vez personal y para la prestación de servicios, lo que en el caso del “worker” no está completamente claro pues aparecen algunas limitaciones que impiden que todos los servicios personales sean protegidos, como es el caso de que el prestador del servicio no posea el negocio, requisito que en este caso no sería una limitante; por lo que, al final la propuesta del profesor Mark Freedland es más omnicomprensiva que la del denominado “worker”, tal como se describe.

Luego, y en cuanto al contenido de regulación de estas relaciones de trabajo, se establecen unos mínimos que deben cumplirse como objetivos generales. Así pues, es necesario que se respete la existencia de un trabajo por la prestación de servicios personales que cumpla una mínimas condiciones que no serán disponibles; con lo que se garantiza que por su condición de desequilibrio el trabajador no quede en una posición en que pueda negociar unos derechos menores que aquellos que el Derecho del Trabajo considera como mínimos indispensables.

De todas formas la regulación propuesta se considera modificable normativamente por las otras relaciones de trabajo que pueden existir, de tal manera que el paradigma central solo es una guía que puede ser sumamente móvil. Por lo tanto, no existe una regulación determinada en todos los casos, sino que existen parámetros para establecer esta regulación<sup>525</sup>, lo cual es interesante en la medida en que permite establecer un canon variable dependiendo de las necesidades de cada relación. De todas formas, esta

---

<sup>525</sup> “...With this in mind we think that regulation should aspire to establishing strong protections in terms of: (1) dignity and decent conditions for workers; (2) maximising workers’ access to the labour market and opportunities for skills development and capability building; and (3) controlling the costs and risks for employing entities and workers alike of entering into such arrangements by introducing and promoting elements of stability.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 372.



determinación posible de una regla para el contenido protector de las relaciones de trabajo, es tan móvil que resulta difícil decir que se haya establecido en realidad un paradigma central claro de la relación protegida.

Luego, y en relación con el contenido de protección de las relaciones de trabajo, puede encontrarse que se establece como un mecanismo para determinar la protección el observar que el trabajo se realice en condiciones decentes y dignas. Sobre el tema, es una definición tan abstracta que permite que cualquier disposición se incluya dentro de ese contenido; por lo tanto, no existen parámetros claros de qué tipo de regulación es la que esta propuesta formula. A su vez, el hecho de describir a la regulación como aquella que sea decente y digna solo establece criterios subjetivos para determinar cuáles serán las prestaciones que deben generarse, que fácilmente pueden caer en las corrientes de las teorías sociales que entienden el Derecho del Trabajo, en la medida que se establezca una protección que pueda ser ilimitada, sin relación con un criterio de sostenibilidad. Luego, y en lo que respecta a determinar el contenido de protección que se propone, aparece una gran indeterminación claramente apegada a conceptos altamente subjetivos.

En todo caso, cabe resaltar el hecho de que esta propuesta, de alguna forma, sugiere que la normativa laboral debe permitir el ingreso de los trabajadores al mercado y en general debe suponer la realización de algunas correcciones del mismo; por lo tanto, existe alguna referencia a un contenido de las prestaciones en cuanto supongan una corrección del desequilibrio que se produzca en la prestación de servicios, lo que de alguna manera crea unos indicios de lo que podría ser un parámetro más específico de las regulaciones mínimas que debe prever el Derecho del Trabajo; de todas formas, la solución central es abiertamente imprecisa, en la medida que establece que las prestaciones que se deberán generar deben suponer unas condiciones “decentes y dignas”. De manera que no profundizaré más sobre este tema, ya que en realidad aunque es una de las pocas teorías de redefinición que establece algún contenido sobre lo que deberían ser las prestaciones de la relación protegida, el objeto de esta obra es fundamentalmente definir la relación que debe ser amparada por el Derecho del Trabajo, simplemente estableciendo los parámetros en virtud de los cuales se regulará esta relación, pero sin el ánimo de establecer una regulación de la relación en todo su contenido, lo que de todas formas no impide señalar que los parámetros que se delinearán de una posible reglamentación, si

se emiten, tienen que observar una suerte de razonabilidad y de determinación.

En conclusión pues y aunque estamos ante un sistema que también presenta algunas fallas, no se puede dejar de señalar que es un sistema de redefinición de la relación de trabajo que es de lo más preciso que existe; que tiene como puntos interesantes el hecho de que sale de la posición binaria, regula una relación central del Derecho de Trabajo y pretende formular algunos parámetros de normativización, que además no solo se limitan a la protección del trabajador, sino que suponen una protección en general de la relación, y la corrección de los fallos que podrían existir. Todo lo que provoca que salga ampliamente de la presunción del subordinado como eterno desvalido y único sujeto de amparo.

Por otra parte, esta propuesta es deficiente en la medida en que no regulariza la multitud de relaciones de trabajo que van más allá de la relación central y también en cuanto no centra la regulación que propende, en la corrección de desequilibrios en la relación, dejando conceptos abiertos de ordenación que impiden forjar un sistema laboral organizado y coherente. De todas formas, y sin duda, estamos ante la propuesta más detallada de reedición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, que debe ser considerada a la hora de formular una relación de trabajo.

## *Título XV*

### ***PROPUESTA PARA LA REDIFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO JURÍDICAMENTE PROTEGIDA EN EL ECUADOR***

Una vez que se ha podido detallar cuál es la relación de trabajo que actualmente se protege en el Ecuador, tanto desde la perspectiva fáctica como teórica a partir de un análisis profundo de su formación, ha sido posible constatar la necesidad que existe de redefinir la relación de trabajo que debe ser jurídicamente protegida, ante las claras falencias que se presentan a partir de la aplicación práctica de aquella que se considera como la relación de trabajo jurídicamente relevante

Así también, se ha detallado cuáles son los límites que establece el ordenamiento normativo en el Ecuador para que genere una nueva relación de trabajo que sea protegida, desde una perspectiva suprallegal y teleológica de lo que debe entenderse por el Derecho del Trabajo; lo que permite conocer cuáles son los parámetros dentro de los que se pretende proponer una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

De esta manera, una vez que se han observado las diferentes corrientes propuestas para la redefinición de la relación de trabajo que se han detallado de una manera sistemática y organizada, se ha llegado al punto de proponer una redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida en el Ecuador analizando todos estos elementos; lo que supone la propuesta final a la que llega del trabajo que se ha efectuado

En esta virtud pues, resulta fundamental en esta investigación una descripción detallada y precisa de la nueva relación de trabajo que se pretende sea protegida por el Derecho del Laboral en el Ecuador, tanto porque este es el fin último de este trabajo, así como también porque la gran mayoría de tendencias y propuestas que sugieren la necesidad de una redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida, en muchos casos no llegan a ser precisas en cuanto a determinar cuál es esta relación, por lo que resulta un

importante y fundamental reto, no solo delinear en sus más amplios contenidos cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida, sino tratar de detallar, con una importante exactitud, esta nueva relación de trabajo que será el objeto central de regulación un nuevo Derecho del Trabajo; fin al que se dedicará este apartado.

### **15.1. LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN PROTEGIDA DESDE SU OBJETO**

Uno de los resultados de la investigación realizada –que tiene fundamental importancia– es el hecho de encontrar que las posibilidades de redefinir una rama de las ciencias jurídicas, como el Derecho del Trabajo, dispone de una casuística casi infinita<sup>526</sup>, que puede ser tan diversa como las posturas filosóficas o ideológicas a las que se adscriban las personas que pretendan una reformulación de la relación de trabajo jurídicamente protegida; por lo tanto, resulta fundamental acotar los límites dentro de los cuales debe efectuarse esta redefinición para tener una suerte de esquematización que permita delimitar de manera razonable cuál es la relación de trabajo que debe ser regulada por el Derecho del Trabajo, sin que el campo de redefinición se pueda extender hasta el infinito.

Al respecto, un límite que confiere coherencia al Derecho del Trabajo es aquel por el que se observa cuál es su objetivo, cuál es la razón de ser de esta materia, ya que esta es una primera gran medida que nos permitirá determinar la relación de trabajo que debe ser protegida, misma que debe tener correlación con el objeto del Derecho del Trabajo porque cualquier otra redefinición que no lo considere solo supondrá su desnaturalización o la creación de otra rama jurídica, fin que no tiene este trabajo que en realidad pretende que la relación de trabajo que se considere como protegida se apegue al objeto para el que el Derecho del Trabajo fue creado.

Lo que se pretende a través de esta metodología es que la regulación de la relación de

---

<sup>526</sup> “The answers to these questions will vary from one epistemic or diagnostic perspective to another, one country to another, one employment context to another, one political era to another. However, I maintain, there can be no ‘answers’—only contestations, no definitive ‘redrawing’ of ‘boundaries’—only ongoing negotiations and tentative compromises. In that sense, perhaps we have launched ourselves on a project which we will not be able to bring to a successful conclusion.” ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye?—Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 374.

trabajo protegida sea coherente, entonces, con la naturaleza de la rama del Derecho que la regula; de tal forma, que no existan regímenes protectores de privilegio para algún colectivo de trabajadores sin que exista razón suficiente para esta diferenciación, como ha sucedido con la relación de trabajo subordinado, misma que ha sido históricamente el objeto central de protección del Derecho del Trabajo, aun cuando resulta muy mezquino decir que el Derecho de Trabajo como tal, solo exista en la medida en que proteja al trabajador subordinado, será muy difícil desde una perspectiva filosófica el sustentar la existencia de una rama del Derecho como un mecanismo para la creación de privilegios para unos pocos, cuando realmente el Derecho como ciencia pretende regular situaciones generales y abstractas presentando mecanismo aplicables a aquellas similares, y no, creando normas que irrazonablemente beneficien solo a algunos

Así, para determinar la relación de trabajo que debe ser protegida, se debe partir de que la idea principal del Derecho del Trabajo es la corrección de los desequilibrios que se producen en la prestación de servicios, de tal manera, que se permita a las partes, en situación de igualdad contractual, negociar las condiciones en que se prestarán sus servicios, justamente con la intención de precautelar el funcionamiento adecuado del mercado dentro del que se inserta el trabajo.

Siendo este objeto del Derecho del Trabajo bastante familiar, y no extraño a la regulación que existe ordinariamente en ramas cercanas al mismo, ya que, a lo largo del ordenamiento jurídico se denosta cualquier práctica abusiva que permita a una de las partes imponer sus condiciones por sobre otras. Luego, el Derecho del Trabajo es solamente una manifestación de este principio general del Derecho, que impide que una de las partes en una negociación pueda beneficiarse de disposiciones abusivas que le permitan imponer condiciones en una relación; lo que a su vez, determina que en nada puede considerarse que el Derecho del Trabajo, como protector y garantista del equilibrio dentro de una relación, repugne –idea que se ha querido vender desde el liberalismo–, ya que en realidad el garantizar condiciones equitativas de contratación, es un fin común de la propia teoría de los contratos, incluso en aquellos casos en que no pretende ser protectora; de ahí, que un Derecho de Trabajo que exista y corrija desequilibrios en la prestación de servicios, persigue un fin plenamente pertinente.

Esto, además permite determinar que se ha tergiversado el objeto del Derecho de

Trabajo. Así pues, en algunos casos se ha considerado que el mismo solamente supone el evitar la existencia de constricciones al empleador, entendiendo que solo bajo este presupuesto podrá existir un mercado de trabajo saludable, siendo este un objetivo meramente ideológico al que no se adscribe este trabajo. Así mismo, tampoco se adscribe este trabajo a aquellas teorías que pretenden determinar que el objeto del Derecho del Trabajo es la provisión de la más inusitada cantidad de beneficios a los trabajadores e incluso a los potenciales trabajadores, en virtud de que se considera que el Derecho del Trabajo debe cumplir con una supuesta dignidad especial del trabajo que exige que el empleador genere ilimitados beneficios al trabajador. Sin duda, partir de la idea de que el empleador es un pozo sin fondo que debe financiar cualquier prestación en beneficio del trabajador, también supone una visión bastante ideologizada que no se adapta a aquello que considera como válido este trabajo.

Así mismo, se rechaza el objeto del Derecho del Trabajo en cuanto se ha llegado a considerar que este en sí mismo es la protección del subordinado, con base en la premisa falaz de que el subordinado es el único que diáfananamente requiere, y más actualmente, al único que técnicamente se le puede conferir protección. No considero que, per se, el Derecho del Trabajo establezca este limitante, más aún si se considera que lo que busca es la eliminación de los desequilibrios en la prestación de servicios realizada por personas; donde nada determina que la protección obligatoriamente debe limitarse a la protección de los subordinados.

De esta forma, lo que sí debe concluirse con claridad meridiana es que el subordinado se protege por el Derecho del Trabajo, ya que se ha asumido que es el único desequilibrado en la relación –premisa falsa que parte de una situación política–. De todas formas, por esta falla del Derecho del Trabajo, no se puede pretender sostener que el objeto en sí mismo del Derecho del Trabajo sea la protección al subordinado, ya que tal como se ha descrito, existe una multiplicidad de relaciones de trabajo que se encuentran en un desequilibrio suficiente para que se considere que debe haber un régimen de protección.

Esto justamente evidencia que no existe razón para restringir su campo solo al trabajo subordinado, sino que tiene un marco de acción potencialmente amplísimo y que tiene

relación al menos con la protección del trabajo en general.<sup>527</sup> En conclusión pues, el objeto del Derecho del Trabajo no limita la regulación solamente al subordinado como un fin de esta rama jurídica.

Luego pues, una vez que se encuentra la falacia que entraña el asumir que en toda prestación de servicios, el subordinado es aquel que debe suponerse en una posición de desequilibrio, no puede limitarse la protección del Derecho del Trabajo a este, sino que la misma debe centrar su objeto a la premisa principal –que es la de corregir el desequilibrio que se produce en la prestación de servicios–, sin necesidad de asumir que siempre el subordinado es el único que puede considerarse en desequilibrio.<sup>528</sup>

Por lo tanto, el objeto del Derecho del Trabajo es la corrección de aquellos desequilibrios que se producen durante la prestación de servicios, mismos que no necesariamente se encuentran vinculados con el trabajo subordinado. Protección que se efectúa en reconocimiento del mercado, y como mecanismo para corregir sus fallos; lo que debe determinar que el Derecho del Trabajo no es solo un ejercicio altruista de tal forma que la regulación del mismo no debe tener como norte la creación de los mayores beneficios para el trabajador, sino por el contrario el establecimiento de las condiciones que permitan evitar los fallos en el mercado, es decir que debe garantizar el cumplimiento de aquellas condiciones que dentro de una posición de igualdad contractual, serían las que los trabajadores al menos exigirían.

---

<sup>527</sup> “...De cualquier modo, dejando de lado casos particularísimos que se hallan al margen de las zonas contiguas a la del trabajo y aún considerando a este último en sentido jurídicamente técnico, su territorio es muy vasto en cuanto comprende, junto al trabajo subordinado, también el autónomo. Es, en efecto, relación jurídica de trabajo, por lo tanto, “contrato de trabajo” en su acepción amplísima, incluso el del empresario con el tercero comitente.” BARASSI, LUDOVICO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editora Alfa, 1953, págs. 327-332.

<sup>528</sup> “...Como hemos dicho, este proceso de expansión subjetiva de la legislación laboral es fruto de una voluntad de conformación de una rama autónoma del ordenamiento jurídico, que pretende incidir sobre todos aquellos vínculos que se establezcan en el seno de la parcela de la realidad social a la que se dirige. La razón de ser última de esta tendencia expansiva del ámbito subjetivo de la realidad social a la que se pretende abarcar no es otra que una voluntad tuitiva de las relaciones de desequilibrio contractual dentro de la producción de bienes y servicios en régimen de dependencia económica. Si inicialmente impulsos de carácter económicos, ideológicos y de presión social fuerzan al legislador a adoptar una política de intervencionismo en el campo restringido del trabajo industrial, con el paso del tiempo se tomará conciencia de que idéntica situación de desequilibrio contractual se produce en otras muchas esferas de la actividad laboral, siendo razonable la expansión subjetiva del ámbito de aplicación de las normas laborales.” CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, págs. 171-175.

De todas formas se debe dejar libre la negociación de las condiciones que superen ese parámetro, ya que esta es la base para la existencia de un mercado de trabajo, que es una realidad que no puede soslayarse a cuenta de una especial consideración de esta labor como un tipo de bien celestial, que no puede mancharse dentro del mercado; consideración esta que se encuentra totalmente fuera de la realidad. Así, por una parte se deben garantizar, independientemente de la negociación a la que se llegue, aquellas condiciones que se consideren como suficientes para un adecuado sostén del trabajador, pero debe existir libertad para incrementar esa base, en virtud de la libre negociación de las partes, ya que una vez que la norma garantice esas condiciones básicas, tendrá que entenderse que el trabajador se encuentra realmente en una igualdad de condiciones por lo que todo lo que supere aquellas, ya se hace dentro del ejercicio de la libre contratación.

En consecuencia, la redefinición de la relación de trabajo protegida tiene que partir de este objeto central. Esto nos lleva a considerar que para redefinir la relación de trabajo protegida –en virtud del objeto del Derecho del Trabajo– debe buscarse cuáles son las relaciones de prestación de servicios que se encuentran efectivamente desequilibradas, y de acuerdo a las mismas debe generarse una protección., que en general supondrá garantizar, sin necesidad de una negociación, la existencia de condiciones aceptables para la parte que se encuentre en desequilibrio, las cuales tienen que presentar una determinación objetiva.

A su vez, eso nos lleva a entender que no necesariamente las relaciones de trabajo subordinadas serán las desprotegidas y tampoco serán las relaciones autónomas aquellas que carezcan de la necesidad de protección, ya que en el fondo, el hecho de que una relación se encuentre dirigida o controlada no siempre determina que exista un desequilibrio en el poder negociación. La circunstancia de que en un inicio se haya establecido elementos para determinar qué relación de trabajo debe ser la protegida, fue la solución jurídica que se dio para determinar quién se encontraba en desequilibrio dentro de una relación, teniendo como presión política el triunfo de las revoluciones obreras. En ese sentido, el cumplimiento de los elementos cabe en la medida en que permitan encontrar cuándo una relación de trabajo presenta un desequilibrio ya que si los elementos dejan de encontrar las relaciones de trabajo que requieren de protección, este sistema falló.



Al efecto, y una vez que se ha podido constatar que el sistema de la subordinación y sus elementos ha fallado ya que ha dejado de encontrar aquellas relaciones de trabajo que objetivamente requieren de protección; una vez que el sistema de presunción de laboralidad, que no admite prueba en contra, falla, es indispensable e indiscutible que se formule otro sistema que permita determinar con mayor precisión cuando una relación de trabajo debe ser efectivamente protegida.

Para lo cual cabe preguntarse si en realidad es la subordinación la única relación de trabajo que presenta una situación de desequilibrio que justifica la existencia de un sistema jurídico de amparo y, por otra parte, si la relación autónoma permite suponer que el trabajador que presta sus servicios dentro de aquellas relaciones siempre se encontrará en una situación de igualdad contractual que le permita negociar condiciones equitativas para la prestación de sus servicios.

En esta virtud, buena parte de este trabajo se ha dedicado a demostrar que no todos los subordinados son desprotegidos y que no todos los autónomos se encuentran en una posición equitativa de negociación, ya que en realidad, el desequilibrio puede generarse en una multiplicidad de situaciones.

Esto significa que la nueva relación de trabajo protegida no debe estar atada a la división binaria<sup>529</sup>—como único mecanismo para definir qué relación debe estar protegida por el Derecho del Trabajo—; lo cual es plenamente concordante con el Derecho Constitucional ecuatoriano y con los Acuerdos Internacionales vigentes en el Ecuador, que al definir la relación de trabajo que se encuentra protegida no se limitan en ningún caso al trabajador subordinado; por lo tanto, la normativa supralegal permite el planteamiento de una reforma del Código de Trabajo, para pasar a un régimen protector más amplio. Es más, el análisis de la Constitución ecuatoriana, y la aplicación que la Corte Constitucional del

---

<sup>529</sup> “La posición más amplia en lo material se decanta por la configuración de un Derecho común del trabajo que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que las articula y haga posible el ejercicio de la función de cohesión social que le es propia en el nuevo ámbito económico sobrevenido: el trabajo subordinado tradicional a través del contrato de trabajo, el trabajo parasubordinado económicamente dependiente y el trabajo independiente autónomo.” PALOMEQUE, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. En *Revista Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 4.

Ecuador le ha dado, no dejan dudas en cuanto a entender que el Derecho del Trabajo tendrá que extenderse a las relaciones laborales en general; de ahí, que la normativa jerárquicamente superior en el Ecuador, bien permite el desarrollo de un Derecho del Trabajo extensivo y no limitado a la subordinación.<sup>530</sup>

En consecuencia el Derecho Laboral en el país deberá regular las relaciones de trabajo de manera amplia, sin necesidad de limitarse a la clásica definición binaria y desde una perspectiva pragmática.<sup>531</sup> En todo caso, y para lo que nos compete, en este punto puede concluirse que la redefinición se hace desde el análisis del objeto del Derecho del Trabajo –que no es otro que la corrección de los desequilibrios dentro de una relación– y por otra parte desde aquello que permite la normativa constitucional e internacional vigente; lo que en todos los casos propende a la protección del trabajador en general, sin considerarlo únicamente como subordinado o autónomo.<sup>532</sup> En esta medida y dentro de los citados lineamientos, procedo a detallar la redefinición de la relación de trabajo que jurídicamente debe protegerse.

## **15.2. REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICAMENTE PROTEGIDA DESDE UN PARADIGMA COMÚN**

Varios son los sistemas que se han analizado para la definición de la relación de trabajo jurídicamente protegida. En su mayoría, la tendencia actual es clara en cuanto a determinar de manera difusa la relación de trabajo, y permitir que exista una multitud de relaciones reguladas prácticamente de manera individualizada y no relacionada entre sí.

---

<sup>530</sup> HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 58.

<sup>531</sup> “...Por último, dentro de este lineamiento formativo de la vigencia y en lo científico, resulta cierto, ya se estime que se está ante un Derecho (el de Trabajo) o ante una simple legislación, aun copiosa (la laboral) como sostiene DE FERRARI, que ha dejado de ser el Derecho de los trabajadores para empezar a ser el Derecho de todos y que ha perdido su carácter tuitivo, y a veces lírico, para convertirse en un elemento de organización económica y en un conjunto de normas de espíritu y alcance universales.” CABANELLAS, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*, 4ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2001, págs. 126-127.

<sup>532</sup> “...En suma, lo que SUPIOT quiere poner de relieve es que la verdadera cuestión radica en los límites al menoscabo de la libertad individual que está implícito en toda actividad laboral. Por lo tanto, el objeto propio del Derecho del Trabajo debería ser reelaborado para que se aplique a todo tipo de trabajo y no solamente al trabajo dependiente.” BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución el pensamiento juslaborista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, págs. 235-237.

De todas formas, la redefinición que aquí se pretende no partirá de esta política difusa de la determinación de aquella relación que debe observarse. Para esto, habrá que reconocer que la profusión de relaciones de trabajo que no encuentran una sistematización entre sí, no corresponde a una estrategia de regulación, sino por el contrario, es el resultado del agotamiento del paradigma central, que al verse desbordado ha provocado que las relaciones de trabajo se regulen sin una sistematización como un evento más que querido, accidental.

De esta forma, si lo que se intenta es proponer una redefinición de la relación de trabajo ideal, no tendrá sentido replicar un evento de disgregación normativa que se ha producido por la incapacidad de las instituciones jurídicas de sistematizar la casuística que las relaciones de trabajo reguladas presentan.

Por lo tanto, y al momento de establecer una regulación para la relación de trabajo que debe ser protegida, partiré de la creación de un paradigma estándar; de tal manera que se pueda formular un criterio de determinación de las relaciones que requieran protección, que pueda ser lo más comprensivo posible y que permita organizar la multitud de relaciones de trabajo. No tanto suponiendo que toda la realidad puede abarcarse en un concepto central que defina la relación de trabajo, sino pretendiendo lograr un paradigma que sea más certero a la hora de determinar las relaciones de trabajo que serán protegidas.

Al efecto, la utilidad de un paradigma central para determinar la relación de trabajo que debe ser protegida, presenta la ventaja<sup>533</sup> de que permite crear un mecanismo para la determinación de protección que solucione una multitud de casos en virtud de la aplicación de una fórmula estable, fácilmente cognoscible y por ende, aplicable; lo que conforma un manejo más eficiente y claro de aquellas relaciones de trabajo.

---

<sup>533</sup> “The ‘private law employment relationship’ figures as the dominant one in shaping the regulatory pattern or model for all relations or arrangements regarded as falling within the province of labour law. We can go on to observe, from an empirical consideration of the ways in which the relational defining of labour law has occurred in particular legal systems, that this third function, the central paradigm function, although not a logically necessary element in the process, nevertheless often forms a very important part of the process.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 14.

Así mismo, este mecanismo garantiza que personas que se encuentran en una condición similar de desequilibrio ante la prestación de servicios, reciban una protección similar, lo que propende a garantizar el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la Ley<sup>534</sup>; de manera tal, que solo cabrá la movilidad del paradigma cuando existan causas justificadas que así lo ameriten.

De esta forma y si bien es cierto que el anterior arquetipo de la subordinación ha fallado, no creo que eso sea razón suficiente para renunciar a la creación de uno nuevo, y menos aún a presentar esto como un objetivo utópico. De tal manera, que ese es un objeto que abiertamente pretende lograr este trabajo.

Por lo tanto, lo que se busca es formular una estructura que no sólo sea el recuento del avance que hasta aquí se ha generado dentro de la teoría del Derecho Laboral, sino que suponga un genuino adelanto, bajo la evolución –cuando sea necesario– de las características del ordenamiento laboral, y cuando sea útil, bajo la creación de nuevas soluciones –revolución– para los problemas que actualmente se presentan en cuanto a las relaciones de trabajo que aparecen. En definitiva, que sea un sistema que permita regular de manera global y coherente las relaciones de trabajo protegidas por el Derecho Laboral.<sup>535</sup>

Al efecto y al entrar en materia, a la hora de realizar las primeras precisiones sobre cuál es el paradigma central que debe ser regulado por el Derecho del Trabajo, la respuesta

---

<sup>534</sup> “Existen datos normativos suficientes en nuestro ordenamiento laboral como para hacer frente a esta tendencia a la diversificación normativa, sin necesidad de romper con la unidad genérica de la realidad social subyacente al mismo y permitir seguir contando con un núcleo institucional de referencia para todas las relaciones laborales. A estos efectos, la regla nuclear a mi juicio es el principio de igualdad, así como la prohibición de tratamientos discriminatorios. Dentro de un modelo de Estado Social, donde se propone un sistema de intervencionismo estatal dirigido a promover condiciones de igualdad sustancial entre todos los ciudadanos, la diversificación normativa ha de estar suficientemente justificada y, en todo caso, no puede llegar a ser de tal entidad que la igualdad, elevada a rango de valor superior del ordenamiento jurídico, vuelva a ser puramente formal.” CRUZ, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AAVV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, págs. 187-192.

<sup>535</sup> “...The question is, as always, whether we can see a way of carving that new reality in a way which will make available a coherent and normatively compelling account of a subject matter which we could recognise as our own. Such an account will again be answerable to our new reality but also autonomous from it. It must shed the light that enables us to map our new terrain, while at once simply organising it into a whole which is greater than the sum of its parts, and also showing why it is normatively important.” LANGILLE, BRIAN. *Labour Law's Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 29.

más intuitiva que podría aparecer es que el mismo debe regular al trabajo en general, partiendo desde una interpretación estrictamente etimológica de la rama jurídica.

Luego y sobre el tema –como ya se ha analizado desde una perspectiva lata–, el trabajo ampliamente considerado puede suponer cualquier actividad realizada por una persona, de tal manera que si existiera un Derecho del Trabajo desde esta perspectiva, debería regular prácticamente todas las actividades, lo que lo convertiría en una rama universal; cosa que carece de todo sentido ya que en general, las ramas de las ciencias jurídicas se organizan de manera tal que puedan regular un nicho de la realidad que presente unas características comunes.

En este sentido es que cabe que se acote el alcance del Derecho del Trabajo –no para crear un grupo de privilegiados, sino para regular relaciones de trabajo que objetivamente presenten características similares– de manera, que pueda regular situaciones que en general se encuentren en una posición que justifique la necesidad de una regulación común; pero a la vez, cuya situación no se encuentra regulada por los ordenamientos jurídicos de otras ramas preexistentes, ya que en ese caso solo supondría una duplicación de normativa innecesaria, en el caso de que el Derecho del Trabajo expanda sus confines hacía aquellas situaciones que ya presentan una respuesta satisfactoria desde otras ramas del Derecho.

Así, por ejemplo, desde esta perspectiva en la medida en que el Derecho del Trabajo asuma que debe regular una relación entre iguales no es necesaria su propia existencia, ya que de la regulación de transacciones entre iguales se encarga tanto el Derecho Civil como el Derecho Mercantil; por lo que el Derecho del Trabajo, además, debe generar una regulación que no invada aquella ya desarrollada por otras ramas jurídicas<sup>536</sup>. Esto determina, por ejemplo, que muy poco sentido tiene un Derecho del Trabajo, con un objeto desregulatorio que asuma que las relaciones mientras más libertad tengan en su normativa mejor funcionarán, ya que para tal fin no se requiere de un Derecho del

---

<sup>536</sup> “An appropriate balance is to separate protective labour and employment regulations from other areas of law in which the concept of employee is used, such as tort law and taxation; and maintain a unified definition of ‘employee’ for protective labour and employment regulations, based on their common goals, while allowing room for extensions or exceptions in particular instances.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 115.

Trabajo visto como un mecanismo que se constituye para regular el desequilibrio en la prestación de servicios.

De igual forma, si el Derecho del Trabajo pretende regular las políticas sociales de un Estado –siendo un conjunto de normas que permita determinar aquellos beneficiarios de las mismas– siempre tendremos un Derecho del Trabajo fallido ya que en general, buscará otorgar beneficios sociales considerando si el beneficiario cae en la definición de trabajador o no; cuando realmente las políticas sociales que el Estado puede o debe conferir no deberían estar atadas al Derecho del Trabajo, sino que deben tener la más amplia independencia que permita al Estado fijarlas ahí donde se necesiten.

Esto significa que el Derecho del Trabajo no puede ser un sistema para la liberalización de la economía, ni tampoco el principal elemento generador de políticas sociales, ya que en esos casos se cae en la situación indeseable de convertir al Derecho del Trabajo en otra rama jurídica que invada el objeto de distintos ordenamientos<sup>537</sup>; para lo cual, a su vez, se desnaturaliza la principal razón de ser del Derecho del Trabajo que es la corrección de los desequilibrios en una relación para la prestación de servicios.

Así, entonces el Derecho del Trabajo además de pretender solventar el desequilibrio en la prestación de servicios para no invadir otras ramas jurídicas, pero también para no dejar desreguladas aquellas relaciones que debe observar, debe determinar cuál es el trabajo relevante para su ordenamiento; por lo tanto, el Derecho del Trabajo tendrá que regular el trabajo, pero alguno en específico. Luego pues, lo primero que debe encontrar

---

<sup>537</sup> “Questo zoccolo duro e inderogabile di diritti fondamentali, manifestazione di garanzie universali e di status, può invero rappresentare la base di un moderno Statuto dei lavori (...): uno Statuto riguardante tutte le forme in cui si estrinseca un’attività lavorativa economicamente rilevante resa a favore o nell’interesse di terzi in coerenza con le nozioni comunitarie e di matrice costituzionale di lavoro. È bene precisare, al riguardo, che il riconoscimento di questi diritti fondamentali a tutti i lavoratori che svolgano prestazioni a favore di terzi (datori di lavoro, imprenditori, enti pubblici, committenti, ecc.) non risponde solo ed esclusivamente a una imprescindibile istanza di tutela della posizione contrattuale e della persona del lavoratore, e quindi in funzione di ragioni di giustizia sociale. È vero anzi che il riconoscimento di livelli minimi di tutela a beneficio di tutti i lavoratori rappresenta –oggi più che nel passato– anche una garanzia dei regimi di concorrenza tra i soggetti economici, arginando forme di competizione basate su fenomeni di dumping sociale (dal lavoro nero tout court a forme di sfruttamento del lavoro minorile, ecc.) Partendo dalle regole fondamentali, applicabili a tutte le forme di attività lavorativa rese a favore di terzi, quale che sia la qualificazione giuridica del rapporto, è poi possibile immaginare, per ulteriori istituti del diritto del lavoro, campi di applicazione via via più circoscritti: un sistema di cerchi concentrici, con una tutela che si intensifica a favore di un novero sempre più ristretto di soggetti.” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3° edición, Milán: Giuffrè editore, 2004, págs. 131-135.

es que el trabajo que debe normar es aquel donde las partes entre sí mantienen una relación de desequilibrio, ya que este es el presupuesto básico de su existencia.

Esto determina que el trabajo que debe regularse es aquel que se realice dentro de una relación, ya que el fin del Derecho del Trabajo es equiparar las condiciones de negociación en la relación, de tal forma que no regula el trabajo que no se preste en un relación; para tal fin quedan entonces las políticas sociales que no tiene por qué estar vinculadas con el trabajo. De igual forma, si se admite que el fin es la regulación de un desequilibrio, jamás puede tener el Derecho del Trabajo el objetivo de disminuir su regulación, ya que esto es presumir que no existen desequilibrios. En tal virtud, si los Estados consideran que no pueden sufragar los beneficios laborales, libremente deberán disminuir el quantum de las prestaciones que se confiera, mas no corresponde que se desmantele en el fondo el Derecho del Trabajo, ya que los fallos en el mercado son una realidad que debe ser corregida. De todas formas, no deberá modificarse el objeto jurídico del Derecho del Trabajo, que es la corrección de desequilibrio en la prestación de una relación, sin importar cuál sea la política económica o ideológica aplicable dentro de un determinado caso. En esta virtud pues, se deslinda la sola ideología como mecanismo que permite modificar a gusto el objeto del Derecho de Trabajo, dependiendo de quién, en determinado momento, ostente el poder.

Se concluye entonces, sin lugar a dudas que el Derecho del Trabajo debe regular la relación de trabajo buscando la corrección de los desequilibrios en el poder de negociación que se presenten entre las partes; lo que entre otras cosas impide que otros asuman los costos de esta regulación.

Entonces y dentro de este punto, surge la necesidad de efectuar otra precisión sobre el paradigma central que se diagrama; así, habrá que explicitar si estamos hablando de que el Derecho del Trabajo debe regular las relaciones de trabajo o los contratos de trabajo, que son dos instituciones jurídicas distintas, fundamentalmente en la medida en que los contratos suponen la existencia de un consentimiento que las relaciones no necesariamente deben presentar.

Al respecto, aunque esta disquisición ha sido bastante discutida, considero que la solución provista por el ordenamiento jurídico laboral ecuatoriano es altamente eficiente;

por lo que en este punto debería mantenerse a la hora de establecer una redefinición del objeto de protección del Derecho del Trabajo.

Así pues, es un hecho cierto que la mayoría de relaciones precarias de trabajo simplemente son una relación donde realmente puede que no haya existido consentimiento aunque exista una clara prestación de servicios y alguien que se beneficia; por lo que no sería coherente con el objeto del Derecho del Trabajo que este tipo de relaciones no se protejan cuando son relaciones que –justamente por no haber llegado a establecerse como un contrato– denuncian que pudo haber existido una imposición de condiciones que solamente se forjó como una relación, sin alcanzar el status de contrato.

Si se considera que la protección solo puede existir en la medida en que se haya configurado un contrato, se caería nuevamente en el fetichismo de establecer un elemento para determinar la protección del Derecho del Trabajo cuando este no necesariamente observa que estamos ante una relación de desequilibrio, por lo que en realidad no cumple con el fin último de la rama jurídica que estamos aplicando.

Por otra parte, si se protege a las relaciones de trabajo solamente como relaciones y desvinculadas del ordenamiento jurídico aplicable a los contratos, se pierde toda una estructura normativa que en cuanto no se oponga a los principios del Derecho del Trabajo debería aplicarse, en la medida que supone un importante avance milenar del Derecho Civil, que bien puede utilizarse en el Derecho del Trabajo que sin duda es útil a la hora de integrar el contenido del mismo. Más aún si se considera que parte esencial del Derecho del Trabajo es que una vez que se corrija el desequilibrio, debe predominar la libre negociación de las partes en cuanto a los términos de la relación de trabajo como un mecanismo que coadyuve a la existencia misma del mercado del trabajo, por lo que en este aspecto es de vital importancia que el Derecho Civil pueda aplicarse en el entendimiento del Derecho del Trabajo en cuanto no contravenga los principios de este último. Así, por ejemplo, las normas sobre la buena fe contractual, sobre vicios del consentimiento, o sobre la interpretación del contrato, serán de fundamental ayuda especialmente en lo que respecta a aquellas prestaciones que hayan superado los mínimos indispensables establecidos por el ordenamiento jurídico laboral. Esto determina entonces, que no está de más que la relación de trabajo pueda estar regulada,



en aquello que fuere pertinente, por la teoría general de los contratos.<sup>538</sup>

Ante esta situación, cabe que por una parte se entienda que el paradigma central que se propone protegerá la relación de trabajo por el sólo hecho de serlo –lo que confiere una abarcatividad más amplia que la del contrato–, como se propone en el sistema del profesor Mark Freedland; pero tal como lo ha hecho el Derecho del Trabajo ecuatoriano, la protección que se genere supone que se entienda que toda relación de trabajo por el hecho de serlo, se asume como un contrato y por esa vía se aplica la teoría de los contratos a la relación, en lo que no contravenga los principios del Derecho del Trabajo.

Con esto se gana la extensión que prevé considerar que el objeto de protección es la relación de trabajo y que por otra parte a esta relación se le aplique el régimen de los contratos; de tal manera que se evita la falsa dicotomía de decidir entre el régimen previsto para una relación o para un contrato<sup>539</sup>, y como resultado, se adquieren los beneficios de ambas instituciones jurídicas para la regulación laboral. Por lo tanto, el paradigma central establece que se protegen las relaciones de trabajo, que para efecto de su aplicación normativa se entienden como contratos, y se aplica la doctrina general de los mismos, en todo lo que no sea contrario a los principios del Derecho del Trabajo.

Ahora, el trabajo como una relación, fundamentalmente puede ser la prestación de un servicio o la entrega de un bien –como se ha detallado previamente–; luego, y como la entrega de bienes supone una relación bastante detallada y que encuentra un régimen jurídico como el de la compraventa –que en general no ha presentado mayores inconvenientes, que se establece y es plenamente aceptado–, no existe razón para que el Derecho del Trabajo se inmiscuya en esta relación, que en un sentido amplio es una relación de trabajo, en la medida que supone la realización de una actividad. De todas formas y por las razones expuestas, las actividades que supongan fundamentalmente la entrega de una cosa por un precio, es decir una compraventa, no entran dentro de la

---

<sup>538</sup> “...The concept of the contract of employment serves important functions in a market-based economy even in an era of deregulation and liberalisation, and is unlikely to be replaced by a radically new model in the near future, even if there is some ‘rebranding’ of concepts.” DEAKIN, SIMON. *The comparative evolution of the employment relationship*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 104.

<sup>539</sup> “The ideas in the Supiot report, for example that we need to re-think our attachment to the contract of employment as our central mechanism (or ‘platform’), and employees and employers as our conceptual ‘building blocks’, are correct. LANGILLE, BRIAN. *Labour Law’s Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 29.

descripción del paradigma central que se detalla.

Todo esto nos lleva a concluir que el Derecho del Trabajo debe regular la relación para la prestación de servicios, donde la siguiente duda que surge es cuáles son los sujetos de esa relación.

Así pues, de una parte serán los empleadores, entendiendo como tales a quienes se beneficien del servicio exigido, lo que permite incluir ampliamente a una variedad de personas que muchas veces por artificios jurídicos o definiciones limitadas no se encuentran reconocidos como empleadores. Así, por ejemplo, si para ser empleador se busca si el trabajo se ha realizado por cuenta de una persona, debe observarse quién, en primera instancia, recibió los ingresos de esa actividad, aunque aquello no determine realmente quien se benefició del trabajo, por lo tanto el determinar la calidad de empleador por ser la persona que se beneficia del servicio aparece como un concepto más abarcador de quién es el empleador, ya que en estricta lógica quien debe cargar con el peso de las obligaciones que genere la relación para la prestación de servicios, tendría que ser quien se beneficia de los mismos; así como quien paga el precio es a quien se le entrega la cosa.

Por otra parte, sí cabe hacer una salvedad en cuanto al concepto de empleador. Así pues, si bien tendrá que ser todo aquel que se beneficie del servicio prestado, ya se ha discutido si el empleador regido por el Derecho del Trabajo puede ser una persona privada, pública o ambas.

Al efecto, ya se ha especificado que la redefinición de la relación de trabajo que se propone solamente llega al régimen del trabajador privado por el claro límite que supone la Constitución, que consagra la aplicación de un régimen distinto para el trabajador público, de manera tal que este trabajo al no pretender reformar la Constitución, más allá de consideraciones específicas que ya se han hecho, respetando este límite constitucional, limita la definición de la relación de trabajo que se formula a las relaciones entre privados.

De otro lado, con respecto al trabajador, tendrá que entenderse que es la persona que simplemente presta los servicios de los que se beneficia el empleador. Ahora, la primera pregunta que aparece es qué tipo de persona es la que debe estar protegida, si una persona

jurídica, natural o ambas. Al respecto, si se ha determinado que el objeto del Derecho del Trabajo es el evitar que se genere desequilibrio en la relación existente dentro de una prestación de servicios, nada impediría que las personas jurídicas que presten servicios y que en algún momento se encuentren en un desequilibrio en su poder de negociación, puedan ser protegidas por el Derecho del Trabajo.

Al respecto, y si bien desde la perspectiva teleológica de un Derecho del Trabajo corrector de desequilibrios, nada obsta que la relación para la prestación de servicios sea regulada por esta rama, sí habría que considerar que las personas jurídicas se excluyen de su regulación en la medida de que la protección de esos desequilibrios se ha concebido en consideración de que el sujeto sea una persona natural; de todas formas, también tendrá que excluirse de la regulación del Derecho del Trabajo, la regulación de las personas jurídicas, y los desequilibrios que se generan cuando prestan servicios en una relación, en la medida en que existen otras ramas jurídicas como son Derecho Mercantil y particularmente el Derecho de Competencia que ya regulan satisfactoriamente los casos en que un servicio prestado por una persona jurídica se realice mediando desequilibrios que generen fallos en el mercado que deban ser corregidos. De tal manera, que no sería sostenible afirmar que el Derecho del Trabajo deba duplicar un ordenamiento que ya presenta soluciones adecuadas para tal situación; de ahí entonces, que la relación a proteger será aquella que se genere entre una persona natural o jurídica privada que recibe una prestación de servicio de una persona natural.

Ahora pues, y una vez que se han determinado las principales características generales y los sujetos relacionados con la relación de trabajo que deberá ser protegida, analizaré cuáles son los elementos que deberían configurarse para que exista la protección provista por el Derecho del Trabajo. Al efecto ya ha quedado claro que uno de los elementos indiscutible es que la relación sea una de servicios.

Por lo tanto, paso a considerar los demás elementos de la relación de trabajo que deberán ser protegidos dentro de este paradigma central que me encuentro definiendo. Así y puesto que lo que se busca es una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador, procederé a analizar los restantes elementos que se han definido como determinantes en la relación de trabajo para ser protegida en el país, de manera tal que se pueda confirmar o desvirtuar que estos deben aplicarse dentro de la relación de

trabajo que se pretende aquí redefinir.

Sobre el tema, la relación de trabajo protegida en el Ecuador ha sido una relación de trabajo que debe ser a título oneroso; es decir, que debe observarse si la intención de las partes es obtener lucro de la misma, para que en ese caso ésta se proteja. Al respecto, si se entiende que el Derecho del Trabajo pretende corregir el desequilibrio que puede existir en la prestación de servicios como un mecanismo que garantice el adecuado funcionamiento del mismo, tendrá que concluirse que la relación que se protege es aquella que suponga un servicio que se negocie dentro del mercado; ya que por eso se corrige el desequilibrio que existe en la misma, en la medida de que aquellos es útil para el funcionamiento de este mercado.

Luego, es coherente que la relación protegida por el Derecho del Trabajo sea una relación que se constituya teniendo un fin de lucro, ya que las prestaciones a título gratuito, al no transarse en el mercado, no tendrán la justificación que encuentra el Derecho del Trabajo para corregir el desequilibrio en el poder de negociación. Esto no significa que las relaciones para la prestación de servicio, que no tengan una finalidad onerosa no deban ser reguladas; por el contrario, sí deberían ser protegidas, pero por políticas sociales y no por el Derecho del Trabajo.

La razón de este razonamiento es sencilla, el Derecho del Trabajo corrige los desequilibrios en la relación y equipara los mismos con respecto a quien se beneficia que provoca los desequilibrios en la relación; por lo tanto, es un mecanismo corrector de esa relación en especial, donde la justificación filosófica de que una persona cargue con los costos de la disminución de esos desequilibrios, es que lucra de ellos. Esto determina, por ejemplo, que en este trabajo se haya defendido que el Estado no debe asumir los costos de las prestaciones laborales para corregir el desequilibrio; sino la contraparte que se beneficia del mismo –en caso de que misma exista– ya que lo que, en última instancia, se busca es el adecuado funcionamiento del mercado, de tal manera que las transacciones se produzcan sin mayores distorsiones.

Luego, cuando una relación para la prestación de servicios supone la ejecución de una actividad no porque estamos ante una transacción de mercado sino por la mera liberalidad de una de las partes, que pretende ayudar a otra, aunque esta última se

beneficie ésta, en estricto sentido, no es una transacción de mercado, es un servicio gratuito que tiene otras causas y por lo tanto no se pueden aplicar los mecanismos correctores de desequilibrio para el funcionamiento del mercado, ya que en este caso no encuentran justificación porque estamos ante relaciones que salen del tráfico ordinario de este; por lo que, no existe razón para que se aplique el ordenamiento laboral a este tipo de relaciones.

Aquello que sí es pertinente es que, de ser el caso, los Estados regulen esta situación, pero no desde la óptica de corrección de una relación insertada en el mercado y que debe partir de la igualdad contractual y de poder de negociación. De tal manera, que el servicio gratuito que se haya prestado no debe ser relevante para proveer de unas mínimas provisiones sociales, más para esto se debe dejar de pensar al Derecho del Trabajo como el proveedor universal de beneficios sociales y estabilizarlo como la rama del Derecho que corrige el desequilibrio que existe en la prestación de servicios remunerados.

Por otra parte, en el Ecuador se ha considerado que la relación de trabajo que debe ser protegida es una relación que debe ser siempre personal. Al respecto, coincido en considerar que ordinariamente el hecho de que un servicio se preste personalmente determina que exista una relación de desequilibrio que pueda justificar la aplicación del Derecho del Trabajo. Mas, tal como ya lo he ratificado en algunas partes a lo largo de este trabajo, la personalidad que debería definir a la relación de trabajo no es aquella personalidad propia del Derecho Civil que sirve para garantizar al acreedor que la prestación que contrata sea realizada por la misma persona que contrató y nadie más, ya que el fin de los elementos para determinar la relación protegida no es asegurar que se cumpla al acreedor la prestación que contrata, sino el encontrar si la relación que se analiza requiere o no de protección. Por lo tanto, el elemento de personalidad que deberá observarse es aquel por el cual el trabajador predominantemente preste sus servicios personales, ya que este será un indicio de la existencia de un desequilibrio, de tal forma que incluso si de manera accidental el servicio se prestase por otra persona, aquello no sirva como una justificación para desproteger al trabajador, como ha sucedido cuando se ha considerado que el elemento de personalidad debe leerse desde la lógica civilista.

Así pues, debe especificarse que la relación de trabajo que debe protegerse en este aspecto será una relación para la prestación de un servicio personal desde una perspectiva

estrictamente laboral, donde la personalidad se entienda en la medida en que sea indicio de desequilibrio.

En esta virtud, la personalidad deberá medirse en cuanto aparezca que el trabajador no ha creado una organización que le permita conseguir condiciones de negociación equitativas; así pues, en la medida en que la prestación sea fundamentalmente personal, tendrá que entenderse que el trabajador requiere de la protección provista por el Derecho del Trabajo. Mas, si en algún caso la relación no se presta de manera personal, bien podría existir un desequilibrio que amerite amparo por lo tanto, la personalidad debería ser vista como un indicio para la protección del Derecho del Trabajo<sup>540</sup>. Aún más, lo que en el fondo debería observarse es si realmente la estructura que ha creado el trabajador le permite haber alcanzado un nivel de igualdad contractual que ya no haga necesaria la protección o que, en su defecto, la exija teniendo como un límite claro, en cuanto a esta cuestión, el hecho de que el trabajador se haya organizado jurídicamente, ya que en ese caso, aunque su organización podría presentar desequilibrios, aquella relación será regulada por el Derecho Mercantil y el Derecho de Competencia, excediendo, pues, el marco de regulación del Derecho Laboral. En conclusión, el hecho de que la relación sea personal será un elemento que deba observarse dentro de este paradigma central, pero no desde la visión civilista clásica.

Finalmente, el último elemento que se ha utilizado para redefinir la relación de trabajo que debe ser la protegida por el Derecho del Trabajo es la existencia o no de dependencia, entendiéndose que si se configura una relación de dependencia debe existir protección y de lo contrario no. Sobre el tema, y dado que esta supone probablemente una de las discusiones primordiales sobre la definición de la relación de trabajo que debe ser protegida he reservado un espacio de análisis particular para precisar el alcance que debe tener este concepto dentro de la nueva definición de la relación de trabajo jurídicamente protegida.

---

<sup>540</sup> "...This delineation of the possible purposes of defining our boundary concept could itself be further elaborated, for example, by considering it as the basis for presumptions rather than hard rules about the personal or relational scope for labour laws or labour rights. But it is perhaps more useful to indicate our intentions within that relatively straightforward set of alternatives" FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 31.

### 15.2.1. La solución provista por la dependencia

Como ya es de sobra conocido, el elemento principal para determinar si una relación de trabajo debe ser protegida ha sido el de la subordinación, que en muchos casos se ha asumido como un sinónimo de dependencia. Así se desprende de la mayoría de tendencias que definen o pretenden una redefinición del Derecho del Trabajo, que aquí se han analizado.

Al efecto, dentro de este trabajo se elaboró una amplia disquisición para diferenciar ambos conceptos, precisando que el concepto de dependencia en líneas generales, supone cualquier sometimiento que pueda existir en la relación de trabajo; mientras que la subordinación supone el sometimiento específico a la autoridad administrativa del empleador, lo que ordinariamente presume la dirección y control de las actividades del trabajador.

Por lo tanto, la dependencia es un concepto genérico más amplio y la subordinación un concepto evidentemente más restringido que ha requerido de una reconceptualización urgente<sup>541</sup>.

Ante esa situación, se ha podido observar que se ha sometido al concepto de la subordinación a la más variada cantidad de sistemas, que han intentado una ampliación de la definición o al menos una precisión de su contenido, para que esta pueda englobar otras relaciones de trabajo en desequilibrio, que dicho concepto, por su estrechez no puede regular.

Luego y en la práctica, aunque en el Ecuador jamás la legislación ha utilizado el concepto de subordinación como un delimitador de la relación de trabajo jurídicamente protegida –lo que se desprende del detallado análisis que sobre la historia de la definición de la

---

<sup>541</sup> “Asimismo, como prácticamente todos los laboristas, considera que se han producido cambios fundamentales en la moderna fenomenología del trabajo y frente a esos cambios deberían elaborarse nuevas teorías que no atribuyan a la subordinación un carácter excluyente y limitativo. Confía en que, de esta forma, se pueda contribuir a contener la presión que se está ejerciendo en este momento sobre el Derecho del Trabajo para su achicamiento o fragmentación, y se logre revitalizarlo como instrumento de cohesión y paz social.” BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución el pensamiento juslaborista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, págs. 235-237.

relación laboral protegida en el Ecuador se hizo en este trabajo–, por un ejercicio de colonización doctrinaria, involuntario de parte del colonizador, finalmente se ha asumido en el Ecuador que el concepto delimitador de cuáles son las relaciones de trabajo es el de la subordinación, aunque el Código de Trabajo ecuatoriano y la jurisprudencia inicial que lo interpretó son claros en cuanto a detallar que el elemento, para determinar si una relación de trabajo será o no protegida, es el de la dependencia.

En esta virtud, la primera precisión que hago dentro de esta redefinición de la relación de trabajo que debe ser protegida por el Derecho Laboral ecuatoriano, es determinar que no existe ninguna razón para que en el Ecuador –que ni siquiera contempla el concepto de subordinación– se asuma que la subordinación es aquel concepto que sirve para delimitar cuándo una relación debe ser protegida, más aún cuando en los ordenamientos que lo han utilizado –véase el caso alemán<sup>542</sup> o italiano– por ejemplo, existe una fuerte tendencia para ampliar su contenido, al punto de casi caricaturizarlo<sup>543</sup> para incluir figuras que muy poco tienen que ver con la subordinación –como sucede en el caso italiano por ejemplo, donde se incluye como parte del concepto de subordinación, la imposibilidad de que el trabajador asuma los riesgos financieros de la empresa, que nada tiene que ver con el concepto de subordinación, entendido como el control y dirección de las actividades del trabajador–, la ajenidad en los riesgos financieros de la actividad entendida como subordinación amplía la misma hasta límites en que la propia denominación del concepto resulta desbordada.

A su vez esta ampliación del concepto resulta inútil en el Ecuador, ya que al tener nuestra

---

<sup>542</sup> “There is no clear statement in jurisprudence whether “dependence from orders” is the only relevant criterium or if there are the two criteria “dependent from orders” and “integration” (mixture in BAG, NZA 2004, 398). As far as the dependence from orders is concerned, the BAG has no systematic approach, but refers somehow to a number of sub-criteria.” WANK ROLF. *Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004, pág. 139

<sup>543</sup> “Si la idea de dependencia es una “matriz” de referencia que constituye la proyección conceptual y abstracta de la figura material y concreta del trabajador subordinado típico (que lo es precisamente por ser sujeto prestador ampliamente mayoritario y dominante en el sistema productivo), la pérdida de esa dominante tipicidad que se produce como consecuencia de la generalización de otros modos de contratar y de prestar del trabajo “deslegítima” al concepto que se construyera “a su imagen y semejanza”. Deja este de incluir con comodidad a la mayoría de los vínculos, y la contingente necesidad de “estirar” el concepto para involucrar situaciones asimilables (hablamos más arriba de “parámetros de aproximación”) deja de ser un fenómeno marginal, para convertirse en recurrente; el “estiramiento frecuente y asistemático introduce severas deformidades en el concepto, privándole de rigor y utilidad.” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 117-127.



legislación elementos que no son exactamente iguales que aquellos que son estudiados por la doctrina extranjera, se cae en el riesgo de interpretar nuestra normativa en virtud del entendimiento que tratadistas extranjeros efectuaron de sus propias leyes, que son distintas que las que pueden encontrarse en el Ecuador; por lo que, finalmente en muchos casos se entiende la norma ecuatoriana en virtud de la interpretación que se ha dado a otra disposición.

Así por ejemplo, en el Ecuador es irrelevante para que se configure la relación de trabajo, la inexistencia de riesgos financieros; tal como se ha visto bien puede el trabajador de acuerdo al artículo 13 del Código de Trabajo, recibir su remuneración en virtud de las ganancias o pérdidas de la compañía, por lo que bien podría haber una relación de trabajo subordinada y protegida en el Ecuador donde no exista ajenidad en los riesgos, ya que no se utiliza ese concepto<sup>544</sup>. De todas formas, y puesto que muchas veces se entiende la norma ecuatoriana en virtud de la doctrina extranjera, no en pocos casos se ha considerado que la ajenidad es un elemento para la determinación de la relación protegida en el Ecuador, aun cuando el Código de Trabajo en nada lo establece como elemento.

Luego pues, la redefinición de la relación de trabajo protegida que se realizará parte del hecho de considerar que en el Ecuador el criterio delimitador de la relación es el de la dependencia desde una perspectiva amplia, ya que así lo ha considerado el Código de Trabajo en el Ecuador. Lamentablemente y aunque este fue el concepto que siempre se debió utilizar, en la práctica se ha empleado el concepto de la subordinación, por las razones ya anotadas; lo que ha provocado que en el país se produzcan similares fallos en cuanto a la determinación de la relación protegida que en aquellos países que han utilizado el concepto restringido de la subordinación para determinar la relación de trabajo jurídicamente protegida.

En esta virtud pues, retomar el concepto de dependencia en el Ecuador, sin asimilarlo al

---

<sup>544</sup> “Mere subordination is thus no longer a sufficient criterion to determine who is to be deemed an employee and who is not. In addition, such a criterion would be unjust and unfair as an increasing number of workers actually perform work or provide services under objective conditions of dependency, though not under traditional subordination, and consequently can be denied protection which is otherwise granted to those who have recognized employee status” BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009, pág. 45.

de subordinación, supone una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, dado que si bien siempre se ha considerado el mismo como definitorio en la legislación; en la práctica, por lo menos durante las últimas décadas, no se ha utilizado en su real extensión, sino asumiendo que es el mismo concepto que el de subordinación.

En este punto, corresponde resaltar un gran beneficio que presenta la noción de dependencia por sobre la de subordinación, siendo este que permite la regulación y protección de una gran variedad de situaciones que no se encuentran previstas por la subordinación; subordinación que, al establecer un concepto tan restringido, ha resultado incapaz de contener otras situaciones que, generando desequilibrio, no se encuadran dentro del concepto de dirección y control de las actividades, como podría ocurrir con la dependencia económica o técnica, entendida como el sometimiento no por la dirección, sino por factores tecnológicos o en general técnicos, que puede imponer el empleador y que finalmente suponen un desequilibrio<sup>545</sup>. Aquí pues también se incluye una redefinición del concepto de la dependencia en sí mismo dentro del Derecho del Trabajo ecuatoriano, así pues si bien ha existido una duda en cuanto a determinar qué tipo de dependencia debe ser aquella jurídicamente relevante para determinar protección, al hablar de la dependencia como concepto para redefinir ya no se excluiría a la dependencia técnica u otras que no han sido consideradas como relevantes para generar protección, ya que se tendrá que entender que toda dependencia que se encuentre dentro de la relación de trabajo, por el solo hecho de suponer un sometimiento ya supone la existencia de un indicio de desequilibrio en la relación. Esto a su vez, significa que las posibles dependencias –que pueden existir siempre que se desprendan de la relación de trabajo– pueden ser bastante más amplias que las inicialmente previstas por la doctrina inicial ecuatoriana, lo que justamente irá variando en la medida en que se creen nuevas relaciones y regulación que establecerá sin duda diferentes mecanismos de control y

---

<sup>545</sup> “It can be true that subordination has changed in relation to culture and technology in western (post-) industrialised countries. But even in this context, ‘new’ technologies result in an increase in some aspects of subordination workers’ daily lives. They also have an impact outside traditional labour relations, including on some major aspects of private and family life. Less subordination in the traditional legal way and more control in the new technical way. However, we need to have far greater knowledge and a fresh view of the definitions of worker and employer. The empirical approach is of the greatest importance.” JAVILLIER, JEAN. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 357.

posible sometimiento.

Así mismo, otra diferencia que se traza con el concepto inicial de dependencia, dentro de esta redefinición del paradigma, será que la dependencia no se asume como un elemento de la relación donde si la mismo se produce siempre hay protección, y si la mismo no existe, la relación queda desprotegida; lo que implicaría caer en los mismos errores que la subordinación pero con un concepto más amplio. De esta forma pues la existencia de dependencia tendrá que entenderse solamente como un indicador de desequilibrio, que sin duda admite prueba en contra, de tal manera, que siempre que se produzca algún tipo de dependencia tendrá que entenderse que existe un indicio de desequilibrio; por lo que en este punto, no es necesaria ni siquiera una clasificación, luego pues es evidente que estamos ante un concepto más útil.

Así, bajo el concepto de la dependencia que ahora se formula bien puede existir protección en caso de que se configure una dependencia económica, una dependencia técnica o una dependencia funcional, lo que ya de paso soluciona uno de los principales problemas del Derecho del Trabajo que no es otro que asumir que el desequilibrio sólo puede existir ante la subordinación,<sup>546</sup> problema que no existe si se aplica desde la perspectiva del concepto de dependencia que siempre fue prolijamente usado por el legislador ecuatoriano, en desmedro del concepto de subordinación –que ni siquiera es mencionado en la legislación–. Esta es pues la clara ventaja que presenta la dependencia sobre la subordinación, y que hace que esta se convierta en otro de los indicios que deberán ser considerados dentro del nuevo paradigma central que sirva para determinar la relación de trabajo que debe ser protegida en el Ecuador.

En general pues, así queda delineado el paradigma central de las relaciones de trabajo que deberán ser protegidas, siendo estas aquellas que se presten en beneficio de unos o varios empleadores, por una persona natural, para la ejecución de un servicio por una

---

<sup>546</sup> “Post-modernity, as sociologists know, is particularly inventive when it comes about conceiving systems of control and modern working activities, whether dependant or not, have a central place in this ‘panopticon’ structure. There are reasons to believe that, under some circumstances, these new post-modern elements of control, should also be taken into account by courts deciding on the status of a given worker, particularly when other elements such as the size of his business and the number of clients can highlight a situation of dependency from that particular client.” KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007, pág. 46.

remuneración, predominantemente personal y bajo dependencia; siendo estos requisitos solamente indicios de desequilibrio –que es realmente lo que se busca evitar– y no elementos de la relación de trabajo, como tradicionalmente se los ha entendido.

Ahora tampoco puede decirse que el concepto de dependencia sea una solución a todos los problemas del Derecho del Trabajo, por el contrario, presenta algunos fallos, así pues se puede señalar que esta definición de dependencia, tal como se ha dicho, puede presentar errores similares que los que plantea el concepto de subordinación si se lo aplica rígidamente, y estos son fallos que dentro de este trabajo se pretende atender.<sup>547</sup>

Así aplicado el concepto de dependencia solo como un reemplazo del concepto de subordinación, tal como se desprende de la observancia de lo establecido en el Código de Trabajo ecuatoriano, lo que supone este concepto es la presunción de desequilibrio, tal como sucede con la subordinación. Luego si se extendiera que esta es una presunción de Derecho, eso significa que, si se configura la dependencia, existirá protección mientras que si el elemento no concurre, aunque acaezca desequilibrio en la prestación de servicio, no habrá protección.

Esta es la razón por la que el concepto de dependencia tiene que ser tratado como un indicio de desequilibrio solamente, en la medida que permite asumir que puede existir un desequilibrio dentro de una relación de trabajo, aunque puede probarse que aquel equilibrio se produce, o que pese a la existencia de dependencia no hay desequilibrio. De esta forma, aunque hay un paradigma central, el mismo tiende a ser móvil, evitando las soluciones rígidas que se generan cuando existen conceptos que presumen sin posibilidad de discusión, la necesidad de que una determinada relación de trabajo se encuentre amparada.

Por lo tanto, el asumir a la dependencia solo como un indicador de desequilibrio, supone modificar el eje central de protección del Derecho del Trabajo, de manera tal que el fin

---

<sup>547</sup> “A mi modo de ver, los modernos discursos de abolición de la dependencia, radicados principalmente en una muy buena literatura anglosajona del Derecho del trabajo, no logran desplazarla más que argumentalmente, pues ella subsiste aun en la realidad, de manera dominante, aunque tal vez expresándose de modos diversos. *Más bien me parece que lo que sucede es que no acertamos aun a reescribirla de un modo más próximo a algunas de sus expresiones más actuales.*” GOLDIN, ADRIÁN. *El derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 94-98.

en sí mismo deja de ser la dependencia, o la subordinación, sino que se comienza a buscar si en el fondo lo que existe es desequilibrio, que es realmente el fin que para el cual nace el Derecho del Trabajo; así pues, si se parte de un sistema de presunciones de Derecho para determinar si se aplica la protección del Derecho del Trabajo o no, a pesar de que el criterio para definir la relación protegida se amplíe, en nada se corrige el problema principal, que es asumir sin que exista prueba en contra que una relación siempre se encontrará en desequilibrio. En ese caso, si la dependencia, la subordinación, o cualquier otro elemento permiten determinar si existe o no protección, sin que quepa ninguna discusión en contra, de facto el objeto del Derecho del Trabajo pasa a ser el observar que se cumplan esos elementos, aun cuando en realidad lo que se debería buscar es si hay o no desequilibrio en una relación, para solo en ese caso proceder a aplicar protección. Luego, el sistema de elementos rígidos e indiscutibles para la aplicación de la protección provista por el Derecho del Trabajo es otro de los fallos que se produce en la configuración de esta estructura jurídica,<sup>548</sup> y que con la solución que se propone pretende modificarse.

De otro lado si se asumiera que el concepto de dependencia determinaría cuando existe o no protección, también se presentarían problemas en la medida en que establece una división binaria que determina que unos trabajadores sí deben gozar de derechos mientras que otros trabajadores que no se encuadren en ella se encontrarán desprotegidos, lo que determina que siga existiendo el efecto huida que provoca la división binaria, en la medida que habrá un gran incentivo para crear relaciones de trabajo que bien pueden asimilarse al modelo estándar, pero que se estructuran de manera tal que no cumplan los elementos previstos por un paradigma central tipo y rígido para así poder estar exento del cumplimiento de las obligaciones laborales.

En consecuencia, si bien debe existir una paradigma central de la relación de trabajo que

---

<sup>548</sup> “...But the paradigm continues to be a relationship of asymmetric vulnerability, unlike the situation in business relations between independent contractors. As far as the concept of ‘employee’ is concerned, the solution is simple. Rather than focus on the background (but problematic) fact of inequality in order to give it meaning and draw its borders, we should shift our attention to more discernible characteristics of the relationship that justify regulatory interventions. Elsewhere I have suggested that democratic deficits and dependency (economic or otherwise) are the main characteristics that justify labour and employment laws and the concept of ‘employee’ should be interpreted accordingly.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 142. Guy Davidov

debe ser protegida, no debe caerse en el error previo de asumir que este paradigma es inamovible y de confundir los elementos para determinar la necesidad de protección con el objeto en sí mismo del Derecho del Trabajo como se ha detallado; por lo que, si bien supone un avance la existencia de una paradigma con indicadores de laboralidad redefinidos, en la medida en que esta paradigma sea inamovible, seguirán existiendo relaciones de trabajo que queden desprotegidas. Por eso es que se propone que la dependencia y el elemento de personalidad solamente sean indicios de un posible desequilibrio pero no elementos para determinar la existencia de la relación de trabajo.

De igual forma, aunque el paradigma central sea móvil, si existen siempre relaciones de trabajo asimilables que quedan desprotegidas aunque presenten desequilibrio, siempre el ordenamiento laboral supondrá un impulso para pasar a esas relaciones; por lo que, en general, debe buscarse que todas las relaciones que se encuentren en desequilibrio y sean asimilables cuenten con una protección que impida que exista un gran premio por huir de un régimen a otro, aunque objetivamente se encuentren en un desequilibrio que justifique la existencia de protección. En esta virtud pues, procedo a detallar soluciones a los problemas planteados, que nacen a partir de considerar al concepto de desequilibrio como aquel que se debe buscar centralmente para determinar si existe o no protección.<sup>549</sup>

### **15.3. El desequilibrio en la relación laboral como criterio corrector del paradigma central**

Para solventar algunos de los fallos que presenta la construcción clásica del sistema de elementos de la relación de trabajo que convierte de facto a aquellos elementos en el fin en sí mismo de su regulación, primero es indispensable definir otro concepto que será central a la hora de determinar la relación que debe ser tutelada por el Derecho del Trabajo, más allá de los elementos que hasta aquí se han establecido como paradigma central<sup>550</sup>, los que, si bien es cierto son buenos delimitadores de la posible existencia de

<sup>549</sup> “...Un droit du travail non salarié sur le modèle du droit du travail (saliarié)” LYON-CAEN, GERARD, *Le droit du travail non salarié*. Paris: Sirey, 1990.

<sup>550</sup> “...In questa prospettiva pare pertanto possibile prevedere una modulazione delle restanti tutele, secondo parametri più pregnanti e efficaci della semplice contrapposizione binaria autonomia/subordinazione.” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3° edición, Milán: Giuffrè editore, 2004, págs. 131-135.

la relación de trabajo en los casos en que así se ha precisado, y por otra parte también son buenos indicadores de desequilibrios, no determinan que dentro de una relación de trabajo al protegerla efectivamente se esté tutelando el objeto central del Derecho del Trabajo, lo que en muchos casos, puede dejar sin protección u otorgar tuición a relaciones que aunque cumplan los elementos no presentan una situación real de desequilibrio.

Así pues, si se ha considerado que el objeto central del Derecho del Trabajo es determinar si existe o no desequilibrio –y en ese caso se aplicaría la protección para reequilibrar la relación–<sup>551</sup>, es coherente que existan mecanismos de aproximación para conocer si se da o no el mismo, dentro de los cuales los indicios que establezca un paradigma central pueden ser útiles pero no concluyentes; por lo tanto, no tiene sentido que se deje de analizar si dentro de una relación existe un desequilibrio que exija la aplicación del Derecho del Trabajo, más allá de lo que establezcan algunos indicadores sobre la posibilidad de la existencia de este.

De esta forma, el elemento central para definir si una relación de trabajo debe estar protegida o no por el Derecho del Trabajo, tendrá que ser el del desequilibrio como concepto final de delimitación. Luego, la dependencia –o cualquier otro de los conceptos que se han considerado como elementos– puede ser un indicio de desequilibrio, pero que bien se puede desvanecer ante la existencia o no de desequilibrio.

Lo que se pretende con este nuevo sistema es que se aplique lo que es el objeto central del Derecho del Trabajo; que es, en última instancia, encontrar si dentro de una relación de trabajo se produce la existencia de desequilibrio que haga necesaria aplicar los elementos correctores del Derecho del Trabajo.

Esto significa que los elementos para determinar si existe o no una relación de trabajo que debe ser protegida, será la existencia de una relación, para la prestación de servicios, que sea onerosa, y donde se evidencie desequilibrio, mientras que la existencia de

---

<sup>551</sup> “...Por el contrario, aunque quizá no con el énfasis de otras etapas y a través de técnicas diversas, no puede negarse que el ordenamiento laboral persigue igualmente en la actualidad reequilibrar la situación.” SANGUINETI, WILFREDO. *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas* Lima: Grijley, 2013, págs. 40-43.

personalidad o dependencia, solo deberán valorarse como indicios de desequilibrio..

Esto permite, además, hacer una nueva disquisición, siendo esta que no desaparecen todos los elementos de la relación de trabajo, así pues para que exista protección debe existir una relación, prestación de servicios, que estos sean onerosos, y que exista desequilibrio. Por lo tanto los elementos para determinar la relación protegida por el Derecho del Trabajo tendrán que ser consideradas como indiscutibles para aplicar o no la protección, de donde los primeros elementos esto es la existencia de una relación, la prestación de servicios y la onerosidad son elementos que permiten que la protección se aplique sin invadir otras ramas del Derecho, mientras que el elemento de desequilibrio pretende analizar que en el fondo se provea protección a aquellas relaciones que en realidad requieren la existencia de protección; por lo tanto, para que se aplique el régimen laboral deberán cumplirse estos elementos mínimos indispensables, ya que aseguran que el Derecho del Trabajo no se expanda irrazonablemente, y así mismo que proteja aquellas relaciones de trabajo que efectivamente requieren de tuición en virtud de su objeto.

Luego, el paradigma central antes detallado es móvil en la medida en que existen indicadores que pueden sugerir la existencia de desequilibrios, que pueden ser la personalidad o la dependencia; pero que además no necesariamente tiene que limitarse a ellos, aunque de momento son aquellos que mayoritariamente describen una buena casuística de relaciones de trabajo que podrían considerarse en desequilibrio.

De esta forma, queda definida la nueva relación de trabajo que será protegida, donde el desequilibrio es en el fondo el elemento que permite determinar cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida; por lo que ahora corresponde determinar cuándo tendrá que considerarse que existe un desequilibrio que justifique la aplicación del régimen protector del Derecho del Trabajo.

Sobre el tema, lo primero que debe puntualizarse es que en ningún caso se pretende buscar que las partes dentro de una relación se encuentren en un estado de absoluta equidad, lo cual sería un fin casi de imposible cumplimiento en la gran mayoría de las relaciones –que además no es previsto por esta investigación–.

Luego, el desequilibrio que se pretende evitar es aquel que impida que una de las partes



pueda negociar libremente dentro de un contrato, lo que le provoque verse sometido a condiciones que en una situación con un aceptable poder de negociación, no hubiese aceptado<sup>552</sup>.

Al respecto, en cualquier contratación, el Derecho busca que las partes comparezcan en igualdad de condiciones ante la ley como presupuesto básico que asegure una negociación equitativa –lo que en ningún caso significa igualdad absoluta-. Esta idea que es aceptada mayoritariamente entre las ramas del Derecho, a veces parece que se discutiría dentro del Derecho del Trabajo, donde en no pocos casos se pretende una competencia liberal clásica que no contemple ningún fallo de mercado; lo que, como se ha visto, solo puede ser una posición fundada ideológicamente, ya que en realidad la evidencia de que los mercados presentan fallos que deben ser corregidos para su adecuado funcionamiento, es diáfana.

Más aún, es de especial relevancia la corrección de estas condiciones en la prestación de servicios realizada por las personas naturales, puesto que en la mayoría de casos, se realiza mediando circunstancias que suelen generar un desequilibrio constante en la relación; esto pues es lo que justifica en el fondo, la existencia del Derecho del Trabajo, de ahí que resulta indispensable definir qué es aquello que tendrá que entenderse como desequilibrio para determinar la relación de trabajo jurídicamente protegida.

Al respecto, cabe considerar que aunque es bastante claro que el Derecho del Trabajo ha pretendido la corrección de desequilibrios en la negociación dentro de la relación de trabajo –por lo que hubiese sido lógico determinar que es aquello que se considera como desequilibrio para precisar las relaciones de trabajo– históricamente ha resultado bastante complicado precisar una fórmula que determine cuándo se produce desequilibrio fundamentalmente con respecto al poder de negociación, razón por la cual el Derecho del Trabajo ha creado algunas presunciones de Derecho que sirven para asumir que existe un desequilibrio que amerita protección, sistema que ha demostrado

---

<sup>552</sup> “The acceptance of an unreasonable offer due to lack of freedom to chose otherwise can also be seen as inequality of bargaining power.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág 141.

ser impreciso.<sup>553</sup> Evidentemente por ese hecho dentro de este trabajo ya no se utilizará por lo que se intentará formular una solución lo más objetiva posible.

De esta forma se propone que se pase a un análisis más realista de este elemento y fin en sí mismo del Derecho del Trabajo, por la cual para determinar si existe desequilibrio o no se deberá observar si dentro de una determinada relación de trabajo se ha negociado bajo condiciones inferiores que las previstas por el ordenamiento laboral que son las que cada Estado ha considerado como aquellas condiciones que serían aceptables si una persona negocia en una posición de equilibrio. Luego si existe una negociación que establezca condiciones inferiores que aquellas consideradas por el ordenamiento laboral como aceptables, se entenderá que una de las partes ha podido imponer una situación abusiva, y por lo tanto tendrá que considerarse que la relación más allá de lo que establezcan los indicios, se encuentra en desequilibrio.

Este análisis es especialmente útil por ejemplo para el caso de las relaciones de trabajo autónomas; así pues ninguna relación de trabajo, ni siquiera una que se considere autónoma puede proveerse por debajo de aquellas condiciones que el ordenamiento jurídico laboral haya establecido como aceptables. Por lo tanto, sin importar si una relación es dependiente o autónoma, si cumple con los elementos previstos para la aplicación del Derecho del Trabajo, siempre que exista desequilibrio deberá aplicarse el régimen laboral; de manera tal que se iguallen sus disposiciones a aquellas aceptables en el ordenamiento laboral.

A su vez, todas las personas que lleguen a cumplir con esas normas base, que no necesariamente serán mínimas sino aquellas que cada Estado considere son las suficientes para corregir el fallo del mercado y para proveer unas condiciones de negociación equitativas, aún tendrán que considerarse en desequilibrio, lo que implica que se les confiera todas las garantías propias del Derecho del Trabajo, más allá del cumplimiento de las prestaciones básicas como una remuneración mínima o descansos

---

<sup>553</sup> "...I am not quite sure. If it is true that labour law is trying to lay new foundations on an equilibrium which still has to be achieved, if the policies on labour law cannot recognise and adapt to contexts that have changed considerably and keep doing so, if the prevailing techniques will no longer be necessarily the same, if the legislation will have to redefine its very centre of imputation of labour rules and regulations." GOLDÍN, ADRIÁN. *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 131.

y demás beneficios sociales que cada legislación considere adecuados. Así pues, a estas personas que cumplen con percibir los beneficios sociales, también deberá asumírseles como en desequilibrio, porque solamente se ha constatado el cumplimiento de unos requisitos básicos, ya que en general el Derecho del Trabajo suele establecer como indisponibles, beneficios de base; más esto no significa que si se llega a los mismos el desequilibrio desaparece. Tal como se ha dicho, los beneficios de base siempre deberán cumplirse sin importar si la relación es autónoma o dependiente, pero además si los beneficios básicos se cumplen, también deberá asumirse que sigue existiendo desequilibrio, la diferencia es que sobre esa base ya cabe una negociación para discutir condiciones mejores porque se entenderá que las condiciones de base son aquellas que permitan a las partes libremente negociar mejores escenarios. Esto no significa que el Derecho del Trabajo deba limitarse a estas condiciones de base, por el contrario, estas son solo las condiciones de entrada que al menos deben garantizarse a todo trabajador.

Esta propuesta teleológica para la interpretación de las estructuras jurídicas, que si bien ha sido ampliamente defendida en el mundo anglosajón, en el Derecho Continental no ha sido utilizada –al menos en el Derecho del Trabajo–,<sup>554</sup> aunque como se detalla, atiende de manera más efectiva a la determinación de la relación de trabajo que debe ser protegida.

De esta forma, contrario sensu, si bien podrá entenderse que la dependencia o la personalidad son indicios de que existe desequilibrio, estos podrán desvanecerse si se prueba que en efecto este no se ha producido; es decir, si aunque exista dependencia, se demuestra que la relación de trabajo no presenta desequilibrio, no tendrá que aplicarse el régimen protector del Derecho del Trabajo. Lo que nos lleva a formularnos otra cuestión, siendo esta ¿Cuándo deberá entenderse que no existe desequilibrio dentro de una determinada relación de trabajo?

Así pues, si un trabajador más allá de las condiciones de base, llega a negociar una mejor

---

<sup>554</sup> “Continental systems are arguably less accustomed to the balancing of economic freedom considerations in the context of the formation of personal work contracts. In fact, restraint of trade is less prominent as a distinct doctrine or principle.” *Instone v. Schroeder Music Publishing Co Ltd*, En: FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 153.

situación económica dentro de su relación de trabajo tendrá que considerarse que el desequilibrio desaparece; por lo que a este trabajador en particular, aunque se le configuren los elementos para la relación de trabajo, no se le deberá aplicar el régimen laboral, ya que no se establece la existencia de un desequilibrio que amerite protección. Una forma para determinar quién ha negociado condiciones ostensiblemente mejores podría ser el analizar la remuneración que ha negociado el trabajador. Al efecto, si el trabajador ha llegado a negociar un ingreso por ejemplo 10 veces mayor que la remuneración básica, tendrá que entenderse que goza de un importante poder de negociación, y en esta virtud pues, no cabe que se aplique un sistema que es pertinente para aquellas relaciones de trabajo que se realizan cuando media la existencia de desequilibrio.

En suma existen tres parámetros para delinear la aplicación del desequilibrio como elemento de la redefinición de la relación de trabajo. Así, toda relación de trabajo, sin importar la división binaria o cualquier otro indicio para determinar desequilibrio, que se preste mediando condiciones económicas inferiores a las mínimas aceptables por el Derecho del Trabajo, se encuentra en un desequilibrio que podría a su vez considerarse excepcional y que implica que por el ministerio de la Ley deban aplicarse al menos las condiciones establecidas como base por el Derecho del Trabajo.

Luego, las relaciones que cumplan los beneficios de base, dado que se encuentran muy cercanas al punto aceptable, también manifiestan desequilibrio, y por ende, aunque se cumplan las prestaciones mínimas, tendrá que observarse el empleo de todas las disposiciones laborales; lo que incluye, por ejemplo, la aplicación de la jurisdicción social o de beneficios como la prelación en créditos, irrenunciabilidad de derechos, in dubio pro operario, principio de primacía de la realidad; y en general, todos los beneficios no prestacionales del Derecho del Trabajo. En esencia pues, por existir relaciones muy cercanas a la base, también frente a ellas sin importar si son autónomos o dependientes deberá asumirse la existencia de desequilibrio.

Finalmente, solo aquellas relaciones que económicamente y de manera ostensible – aunque caigan en los indicadores de desequilibrio– si superan un ingreso que en cada Estado permita considerar a ese trabajo en una situación de igualdad contractual, serán estas las que se consideren en equilibrio y a las que se les deberá aplicar el ordenamiento

jurídico propio de cualquier contratación; sin que sea pertinente la observancia de ninguno de los beneficios oportunos para la relación de trabajo.

Esta solución ya se ha ensayado en algunos regímenes como el alemán, donde se ha considerado que pese a encontrarse los elementos de la relación de trabajo, en realidad no existe desequilibrio cuando una persona llega a unos determinados ingresos<sup>555</sup>; aunque esto, solamente se produce desde una interpretación judicial que bien podría ser juridificada en la forma que aquí se ha propuesto.

Por lo que el sistema también sirve para corregir aquellos casos donde en virtud de la aplicación de los indicios se haya protegido a quien en estricto sentido no se encuentra en desequilibrio. Al respecto deberán establecerse valores en cada Estado, que si se superan permitan considerar que quien ha negociado una determinada prestación, ha logrado condiciones que le hacen encontrarse en un similar poder de negociación que su contraparte.

Luego, en la práctica, la manera de determinar el desequilibrio en el poder de negociación resulta bastante sencilla y objetiva. Así pues, el Derecho del Trabajo debe establecer las condiciones básicas que se consideren que habría negociado una persona con el mínimo poder de negociación aceptable.<sup>556</sup> Por lo tanto, este Derecho debe cerciorarse de que ninguna persona preste un servicio por ejemplo, por un beneficio menor que su costo como lo que podría producirse en una situación de sometimiento en

---

<sup>555</sup> "...1. El primero de ellos es el resuelto por el Tribunal Federal de Trabajo en sentencia de 2 de octubre de 1990 (BAG 2.10.1990, NZA 1991, 239) El demandante, que solicitaba que se le reconociera la condición de cuasitrabajador, tenía un "contrato libre" con la Radiotelevisión estatal del Norte de Alemania (NDR), para controlar si los sujetos obligados pagaban el impuesto para la televisión. Desarrollaba su actividad en las casas situadas en el Norte del país, y su remuneración dependía del número de sujetos investigados que no pagaban sus impuestos. En concreto, había obtenido por esta actividad unos ingresos anuales de aproximadamente 70.000 euros. Además, disfrutaba de una pensión estatal de unos 500 euros y una pensión privada de unos 800 euros. En este supuesto, el Tribunal Federal entendió que no era un cuasitrabajador: la mencionada sentencia señala que una persona no tiene la misma necesidad de protección social que un trabajador si puede ganar tanto dinero con su actividad y, además, tiene otras fuentes importantes de ingresos, como son las pensiones privadas y estatales." VELASCO, MARÍA TERESA; FRÖLICH, MARTÍN. El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág. 129.

<sup>556</sup> "...Economically speaking, inequality of bargaining power exists in a given employment relationship when there are market failures resulting in the employer having more ability than the employee to influence the terms of the contract." DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 140.

el poder de negociación.

De esta manera, y si el ordenamiento jurídico establece esas condiciones –y no políticas sociales por ejemplo– la mejor medida para saber que existe desequilibrio, independientemente de las presunciones, será que una persona haya aceptado prestar un servicio en condiciones inferiores a las previstas en el Derecho del Trabajo; en ese caso pues, tendrá que aplicarse su protección. Así, si una persona que aunque presente indicios de desequilibrio, por otra parte se encuentra que ha logrado condiciones contractuales mucho mejores que las mínimas; no habrá necesidad de protección.

Por lo tanto, el mecanismo corrector a las presunciones falsas que pueda provocar la aplicación del sistema de indicios será el concepto de desequilibrio definido en la forma antes detallada, de manera tal que, si no hay desequilibrio no habrá protección<sup>557</sup>, para lo cual el desequilibrio se define de forma objetiva, lo que deberá hacerse de acuerdo a la realidad económica de cada país.

De igual forma, si los indicios de desequilibrio no existen pero se encuentra desequilibrio, habrá protección; de tal manera que se crea por un lado un paradigma central que es el eje para la determinación de la relación de trabajo que debe ser protegida –lo que permite sistematizar la normativa aplicable al Derecho del Trabajo, que ya ha sido sugerido por otras propuestas como el contrato de actividad<sup>558</sup>–, pero, además se establecen mecanismos de movilidad de ese paradigma central para regular aquellas relaciones que salgan de ese parámetro, ya que, independientemente de que se cumplan o no los indicios, podrán regularse otras relaciones de trabajo que pese a no cumplirlos, estarán en una situación objetiva de desventaja que amerite la protección que pueda

---

<sup>557</sup> “...The point is that difficulties with the concept of inequality of bargaining power say nothing about the existence of a difference between employees and independent contractors that justifies this division. It simply means that the differences should be articulated at a different level of generalisation.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 142.

<sup>558</sup> “...Consistiría en devolverle al derecho del trabajo su unidad dándole por base, ya no la noción tradicional del trabajo profesional dependiente, sino la de la actividad ¿Ya que los elementos de un derecho de la actividad profesional existen, por qué no reunirlos en una construcción de conjunto? Se llegaría a ello sin dificultad en la relación al derecho de la seguridad social, así como en relación a las relaciones colectivas de trabajo. La dificultad sería mayor para el derecho de las relaciones individuales de trabajo. ¿Pero en la hora actual no existen ya diferencias considerables según las actividades profesionales que hace imposible una exposición absolutamente uniforme?” DURAND, PAUL. *Naissance d’un droit nouveau: du droit du travail au droit de la activité professionnelle*. En *Revista Droit Social*, julio-agosto de 1952.

proveer el Derecho del Trabajo.

#### 15.4. MOVILIDAD DEL PARADIGMA CENTRAL

En lo relacionado con el tema, mucho se ha discutido sobre la gran cantidad de relaciones que salen del paradigma tradicional, unas porque obtienen protección cuando lógicamente no deberían tenerla y otras, en cambio, que no la gozan por el hecho de que no caen en los supuestos previstos para que se configure la relación de trabajo jurídicamente protegida. Todo esto provocado por la clásica división binaria que asume como desequilibradas a aquellas relaciones que se subsumen en sus elementos, y que rechaza toda protección con respecto a las relaciones que no configuran los elementos propios de la relación de trabajo.

En esta virtud, para solucionar el problema antes planteado se crea una suerte de movilidad en el paradigma, donde los elementos que permitían presuponer la existencia de desequilibrio como la personalidad o dependencia son solo indicios, lo que deja analizar en el fondo si existe desequilibrio para determinar si cabe protección en los términos que antes fueron señalados. En esta virtud, los elementos centrales se hacen móviles en cuanto la dependencia y la personalidad dejan de ser elementos para la existencia de la relación de trabajo.<sup>559</sup>

De todas formas, el desequilibrio pasa a ser un elemento estable y fijo, al igual que los demás elementos que se requieren para que exista una relación de trabajo protegida, de tal manera que el paradigma es móvil con respecto a los indicios de laboralidad, pero sigue siendo rígido en cuanto a que requiere de la configuración de los elementos para

---

<sup>559</sup> “...Individuato dunque un nucleo essenziale di norme e di principi inderogabili (soprattutto di specificazione del dettato costituzionale) comuni a tutti i rapporti negoziali che hanno per contenuto il lavoro, occorrerà preoedera a una rimodulazione di talune tutele del lavoro dipendende, secondo uno schema a geometria variabile. E precisamente: al di sopra di questo nucleo minimo di norma inderogabili sembra opportuno lasciare ampio spazio alla autonomia collettiva e individuale, ipotizzando una gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o anche individuale, eventualmente in sede di certificazione (...), a secondadel tipo di diritto in questione. A ciò dovrà accompagnarsi:” BIAGI, MARCO. *Istituzioni di diritto del lavoro*, 3° edición, Milán: Giuffrè editore, 2004, págs. 125-131

que se genere protección.<sup>560</sup>

Luego, la variedad de relaciones de trabajo en desequilibrio que no eran protegidas por la relación de trabajo estándar antes definida, al establecer elementos más amplios y vinculados con el objeto del Derecho del Trabajo, así como al existir un paradigma móvil en cuanto a los indicios; pasan a ser reguladas por el Derecho del Trabajo, en la medida que lo que se busca en el fondo es que exista un desequilibrio.

Por lo tanto, se reconoce la profusión de relaciones de trabajo que existen, pero se genera un mecanismo de regulación de las mismas,<sup>561</sup> y de sistematización, con lo que también se modifica la idea propuesta por el profesor Freedland, en la medida en que las relaciones de trabajo que exceden el paradigma central clásico, ahora son reguladas por el nuevo paradigma en parte rígido en cuanto a los elementos, y en parte móvil con respecto a los indicios; por lo tanto, las relaciones de trabajo a diferencia de la propuesta de Freedland, que salen de la idea central de la relación protegida, no se eximen del ordenamiento laboral dentro de la propuesta planteada, sino que pueden ser reguladas por la misma a partir de la aplicación de esta redefinición de la relación de trabajo protegida, mediante una aplicación más vinculada con el objeto central del Derecho del Trabajo.

Esto conduce entonces, a que haya una válvula de escape que permita desvirtuar las presunciones que en un inicio se puedan hacer sobre la existencia de desequilibrio. Por lo tanto, se soluciona uno de los problemas principales que presenta la definición de la relación protegida por el Derecho del Trabajo en la medida en que algunos conceptos delimitadores que presuponían la existencia de desequilibrio, no se toman de manera estricta, sino que pueden modificarse no a gusto, sino en virtud de un elemento de

---

<sup>560</sup> “There is always a danger of thinking in a closed world. Those in their own ‘small world’ have the impression that only one definition applies; that there is a unique status for the creation and use of a technical definition. Even in law, we know that the same definition can have different meanings depending on the discipline and even on the law to be implemented.” JAVILLIER, JEAN. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 358.

<sup>561</sup> “La definición de nuevas categorías –nuevos centros de imputación del Derecho del trabajo– sería en tal caso la expresión compleja de esas tendencias simultáneas de diversificación y convergencia.” GOLDIN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014, págs. 152-155.



razonabilidad como el desequilibrio.

Este paradigma móvil, además, no solo se deberá aplicar en relación al beneficio del trabajador, sino en cuanto coadyuve al funcionamiento de un mercado laboral más transparente. De tal manera que se puedan regular todas las relaciones de servicios en aplicación de esta idea flexible en cuanto a los indicios, lo que, además, hace que el sistema sea a prueba del futuro<sup>562</sup> ya que al establecer criterios variables, por la vía de la determinación del desequilibrio puede ir regulando la relaciones que se vayan generando, aunque en la actualidad no estén previstas, dado que bien se podrían generar nuevos indicadores de la existencia de desequilibrio a medida de que vayan apareciendo nuevas relaciones de trabajo. Así mismo, si la determinación del desequilibrio se ajusta a observar el cumplimiento o no de parámetros laborales, por la sola modificación del quantum de estos parámetros puede modificarse la definición de lo que en un determinado momento pueda considerarse desequilibrio; de tal manera, que todo lo que exceda ostensiblemente de un mínimo fijado por el Estado tanto en la base como en ese parámetro de exceso, será lo que residualmente se considere como relaciones en equilibrio no sometidas al Derecho del Trabajo.

Así pues, surge una regulación global de la relaciones de trabajo que no se limita sólo a proteger a una persona, sino a determinar, de manera actualizable a las necesidades del desarrollo de las relaciones de trabajo, cuándo debe aplicarse la protección provista por el Derecho del Trabajo lo cual provoca que el régimen no quede obsoleto al atarse a conceptos inmóviles. Se deja también de lado la presunción ideológica por la cual se entiende que el trabajador, siempre será el desprotegido; así pues, bien podrá existir una relación de trabajo donde el trabajador incluso ante el cumplimiento de los indicios de

---

<sup>562</sup> “...We suggest that one important further step can be taken in evolving the idea of ‘normative characterization of personal work relations’ as a larger, more dynamic way of thinking about the role of classification or taxonomy in the development of labour law. That further step consists of recognizing and being alert to the ways in which the law-makers and doctrinalists of labour or employment law are in fact constantly inventing or discovering novel forms not just of personal work contract or personal work relationship as we recognized in the previous chapter but also new patterns of personal work profile in the sense in which we have identified that latter notion in this chapter. This continual process of invention or discovery takes place around or within the existing grand categories of employment or self-employment, but eventually disrupts or transforms those grand categories themselves.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 361.

laboralidad, no será objetivamente una persona que se encuentre en desequilibrio.

Ahora, cabe precisar cómo funcionará el sistema del paradigma móvil de indicios en específico en la práctica, ya que de muy poca utilidad será un mecanismo que suene bien desde la perspectiva académica pero que no tenga un claro sistema de aplicación práctica.

De esta forma, lo primero que cabe considerar por las partes dentro de una relación, es que si existe una relación para la prestación de servicios entre al menos dos personas, donde si la persona que presta los servicios es una persona natural que ejecuta la prestación por una remuneración y en desequilibrio en la forma que ha sido definida previamente, tendrá que aplicarse el régimen protector del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, por otra parte, esto no precisa exactamente cómo se aplica el sistema cuando no existe una clara determinación de desequilibrio y solo se encuentra la existencia de indicios del mismo, donde únicamente a posteriori se debe ver si ha existido desequilibrio o no, ya que al definirse de manera precisa y objetiva el desequilibrio, en algún punto cuando la relación de trabajo opere, será determinable si se están cumpliendo o no los parámetros económicos específicos que se han establecido para que este exista.

Así si en una relación de trabajo se produce dependencia –en cualquiera de sus formas vinculadas con la relación de trabajo–, personalidad, o ambos, ante la sola existencia de estos indicios, si aún no ha sido posible determinar la existencia de desequilibrio, tendrá que aplicarse la protección automática de todo el ordenamiento laboral; por lo tanto, las partes por la sola existencia de estos indicios deberán someter su relación al régimen laboral, sin necesidad de valorar si se cumple el indicador que se haya determinado para precisar la existencia de desequilibrios, que muy probablemente solo podrá observarse ante la ejecución de la relación de trabajo.

Mas, la diferencia sustancial yace en que estos indicios pueden ser disputados, esto quiere decir que aunque se produzcan los indicios de desequilibrio, tales como la dependencia o personalidad; si se considera que no hay desequilibrio, puede no aplicarse el régimen protector del Derecho del Trabajo, siempre que se haya conseguido aquellas condiciones económicas, en la negociación, que sean considerablemente mejores que las

de las bases del mismo y que en efecto estas se hayan cumplido. Esto determina que la discusión de los indicios pueda hacerse una vez que la relación de trabajo ya se esté ejecutando.

De igual forma, se considera que aunque no exista dependencia o personalidad, sí existe desequilibrio, también en este caso deberá aplicarse el ordenamiento jurídico protector del Derecho del Trabajo. Al efecto y como se ha dicho, toda relación de trabajo que se encuentre por debajo del parámetro que determine unos ingresos que sean considerablemente superiores que los básicos, se considerará en desequilibrio. De esta forma, los indicios son pues indicadores de la aplicación del Derecho del Trabajo, pero tampoco son los únicos criterios a tomar en cuenta, como ocurría en la definición clásica del Derecho del Trabajo.

Luego, el paradigma móvil en cuanto a los indicios sirve para que quien no pretenda que se aplique el régimen laboral –aunque se configure alguno de los indicios de laboralidad– deberá, mediante un procedimiento, discutir el hecho de que no existe desequilibrio.

Por lo tanto, ya sea por la existencia de indicios de laboralidad o que se encuentre el desequilibrio, la aplicación de la protección sigue siendo automática, so pena de que se aplique una sanción si es que a una relación con estas características no se le aplica el régimen protector del Derecho del Trabajo. Sin embargo, de todas formas existe una posibilidad de escape de la presunción de laboralidad que suponen los indicios –siendo esta la relevancia práctica de este sistema– tanto para la aplicación automática del régimen laboral cuando no se encuentre clara la existencia de desequilibrio, como también en la medida de que haya un procedimiento de escape, cuando pese a la existencia de los indicios, en el fondo una relación de trabajo ya sea en su celebración o en su ejecución no determine la existencia de desequilibrios.

Este procedimiento podría ser uno administrativo, por el cual, la persona que quiera afirmar que pese a la existencia de indicios de laboralidad o de aparente desequilibrio, este no ocurre, tendrá que acudir ante una autoridad administrativa que valore esta alegación, tal como sucede en el sistema alemán para determinar la aplicabilidad de la Seguridad Social. De esta forma, quien pretende disputar la existencia de desequilibrio en la relación de trabajo –ya sea discutiendo los indicios o la propia presencia de este–,

será quien corra con la carga de interponer el proceso, puesto que en primera instancia, se entiende que la parte que se beneficia del ordenamiento laboral se encuentra protegida, por la sola configuración de los indicios. En todo caso, la diferencia sustancial con la situación actual de regulación es que existe un mecanismo –que mayoritariamente se utilizará por el empresario– que le permite salir de la protección del Derecho del Trabajo al demostrar que en efecto no existe un desequilibrio que la justifique.<sup>563</sup> Así mismo, de todas formas queda vigente el sistema protector, en la medida en que ante los indicios que ya se han citado, se aplicará automáticamente. Este procedimiento administrativo y su resultado, evidentemente podrá discutirse en la vía judicial, aunque será indispensable que se trate de un proceso sumarísimo.

En consecuencia, ante la existencia de personalidad, dependencia o de desequilibrio, se tendrá que emplear el régimen de protección laboral, con lo que las posibilidades de aplicación del régimen protector es amplia porque no se limita a unas presunciones de Derecho que pueden ser erradas, tanto porque la dependencia y la personalidad en cuanto a su contenido se entienden desde una perspectiva extensa, como también porque se asume que cualquiera de las dos establece un desequilibrio<sup>564</sup>. Así también, siempre que exista en el fondo desequilibrio, podrá aplicarse el ordenamiento laboral, por lo que el paradigma de aplicación es mucho más flexible y amplio que el actual, sin perjuicio de que además puedan crearse nuevos indicadores.

## 15.5. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA MÁS ALLÁ DE LA DIVISIÓN BINARIA

Ahora entonces, ¿qué pasa con los trabajadores autónomos? sería la pregunta que queda luego de la descripción de esta redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida. Al respecto, el sistema trazado bien puede aplicarse a las relaciones de trabajo

---

<sup>563</sup> “The problem is the concept of employment itself. As a foundation for legal regulation, it is simultaneously under-inclusive and over-inclusive.” HYDE, ALAN. *What is labour law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 47.

<sup>564</sup> “...La necesidad de tutelar algunas de las manifestaciones del trabajo por cuenta propia, en la que se produce una práctica negocial abusiva por parte del acreedor de la actividad, quien, en virtud de su posición de hegemonía económica, impone todas sus condiciones a la hora de regular esa relación de servicios.” SALA, TOMÁS; LÓPEZ, FEDERICO. *Contrato de trabajo*, en: BORRAJO, EFRÉN (DIRECTOR), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo I, Madrid: Edersa, 1990, págs. 33-34.

dependientes o autónomas, tal como ya se ha referido, ya que, sin importar cuál sea la clasificación de las mismas, si existe desequilibrio en la forma detallada, resulta irrelevante la división binaria prevista por el Derecho de Trabajo, ya que en realidad, el hecho de que una relación de trabajo sea autónoma o dependiente no supone un indicador infalible para determinar si debe ser protegida o no. Por lo tanto, la división binaria como el criterio central para determinar si una relación de trabajo debe ser protegida o no, deja de ser relevante, y cuando más es solo un indicio para la aplicación del régimen laboral, que claramente puede ser discutido.

Cabe notar que el propio Derecho del Trabajo en el Ecuador ya ha delineado una solución que podría adscribirse a la lógica detallada, cuando ha regulado mecanismos de protección para los artesanos autónomos, a quienes se les incluye dentro del régimen de protección laboral, considerando que a pesar de que son autónomos deben gozar de la protección provista por el Código de Trabajo, justamente porque existe un desequilibrio, por lo que se entiende que en su relación requerirán de un sistema protector aunque son autónomos. Así pues, el propio Código de Trabajo en el Ecuador ya ha sido avanzado en cuanto a determinar que la autonomía no es un indicador inequívoco de equilibrio en el poder de negociación de las condiciones contractuales, por lo que no sería extraño en el Derecho ecuatoriano que se llegue a proteger a los autónomos.<sup>565</sup> Más aún si se considera que en la actualidad, es la propia Constitución la que reconoce la protección de todo el catálogo de derechos constitucionales referentes al trabajo, a todas las modalidades del mismo, lo que ciertamente incluye los autónomos, que por esta vía se ven beneficiados de derechos tales como la irrenunciabilidad de derechos, o el *in dubio pro operario*, que previamente en el régimen laboral ecuatoriano solo habían estado limitados a las relaciones dependientes.

Por otra parte, y en cuanto a la aplicación del régimen de protección a los autónomos basado en la propuesta que se formula, esta cuestión se puede dilucidar con la aplicación

---

<sup>565</sup> “...Con todo, debemos anotar que incluso algunos trabajadores autónomos, como los artesanos, están sometidos al Derecho del Trabajo, aunque por excepción. En el trabajo de los artesanos hay que distinguir el trabajo que el artesano se compromete a realizar para el contratista, o dueño de la obra a ejecutar, y el trabajo que, para el artesano, prestan sus operarios y/o aprendices. Ahora bien, solo el primero, o sea el trabajo que el artesano acuerda con el contratista, está regulado por el Código del Trabajo (Art. 294).” TRUJILLO, JULIO CÉSAR, *Derecho del Trabajo*, tomo I, Quito: Centro de publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008, págs. 12-15.

del propio paradigma móvil que se ha detallado.

Así pues, si un trabajador autónomo presta sus servicios a una persona privada por una remuneración, personalmente, aunque evidentemente no bajo dependencia, simplemente se aplicará de manera automática el régimen protector por el indicio de laboralidad que genera la personalidad, siendo este un caso de protección sin que exista dependencia – de todas maneras y tal como se ha dicho, ese indicio puede discutirse analizando si esta relación presenta o no desequilibrio–; luego si no presentase desequilibrio, no se deberá aplicar el régimen de protección.

De todas formas, y aunque la relación de trabajo no presente el elemento de dependencia, ni de personalidad; es decir, si es plenamente autónoma, por el hecho de que estar en desequilibrio en la forma en que ya se ha definido, tiene que aplicarse el régimen laboral, y en esa medida las relaciones autónomas pueden estar protegidas por el Derecho del Trabajo.

De esta forma las condiciones de prestación del servicio del autónomo en desequilibrio, tienen que equipararse al sistema laboral, ya que nada justifica que por el solo hecho de ser una relación autónoma, si esta se encuentra en desequilibrio deba gozar de menores beneficios que una relación de dependencia también en desequilibrio, dado que sin importar si la relación de trabajo se clasifica como autónoma o dependiente, lo fundamental para determinar la protección es observar si se ha producido desequilibrio o no.<sup>566</sup>

Esto pretende que los colectivos de trabajadores autónomos que se encuentren en desequilibrio no se encuentren desprotegidos –como sucede en el sistema tradicional–, donde bien podría existir un autónomo que se presente en una situación precaria pero que por la división binaria se encuentre excluido de esta protección.<sup>567</sup>

---

<sup>566</sup> “There are data in some countries to show that, among those currently considered independent contractors, many have similar characteristics to employees. But these people, if they share the characteristics that justify the protection of labour and employment laws, should simply be included within the group of employees.” DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 143.

<sup>567</sup> “...Al propio tiempo estas fórmulas en auge del trabajo autónomo no responden a los principios clásicos de funcionamiento de la contratación civil, por cuanto que en ellos concurren ciertos elementos que lo

De esta forma, no se halla razón para defender aquellas teorías que propugnan la necesidad de que los trabajadores autónomos mantengan un régimen inferior que el de otros trabajadores<sup>568</sup> o que, en general, cualquier trabajador mantenga un régimen inferior, ya que bien aplicado el Derecho del Trabajo debería proveer las condiciones base aceptables en un Estado de protección para la provisión de servicios; por lo que cualquier prestación por debajo de esa debería ser inadmisibles en cualquier relación, ya que se estaría proveyendo un servicio, incluso autónomo, bajo condiciones inferiores a las que se han considerado indispensables para el sustento de la relación de trabajo.

Luego, corresponde a cada Estado determinar el alcance de unos beneficios que puedan aplicarse en general a todas las personas que prestan servicios<sup>569</sup>, lo que exige que los beneficios que se establezcan en efecto sean un piso obligatorio para toda prestación; sin que aquello signifique que ha dejado —por el cumplimiento de esa base— de existir una relación de desequilibrio, ya que según se señaló este existe desde la base que establece el Derecho del Trabajo, hasta un tope de ingresos económicos que permita suponer que ha existido equiparación en las condiciones de negociación.

---

acercan claramente al trabajo dependiente. Por una parte, se suele tratar de prestaciones de servicios efectuadas de manera personal y directa por el sujeto vinculado contractualmente, al tiempo que suele ser la actividad básica de este sujeto y, por consiguiente, de la que obtiene su medio principal de subsistencia.” CRUZ, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AAVV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, págs. 179-187.

<sup>568</sup> “La extensión de la “tutela laboral” a los trabajadores autónomos se ha limitado tradicionalmente a los ámbitos de la libertad sindical —reconocimiento a los autónomos sin trabajadores a su servicio de la libertad de afiliación sindical a los sindicatos ya constituidos (art. 3.1 LO 11/1985, de Libertad Sindical)—, y a ciertas previsiones de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales —coordinación de actividades empresariales y régimen sancionador (arts. 24 Ley 31/1995)—. Esta vía abre paso a la extensión selectiva, “siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas”, del derecho del trabajo a los trabajadores autónomos, pero no permite establecer una tutela específica y adaptada a las necesidades del colectivo en la medida en que su óptica de aproximación al problema del trabajo autónomo es la aplicación de la normativa propia del trabajo por cuenta ajena.” MARTÍN, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 55

<sup>569</sup> “El artículo segundo del anteproyecto de D’ANTONA trata de la aplicación de una lista de disposiciones legales a todos los trabajadores salvo incompatibilidad y enumera las que indefectiblemente deben aplicarse a todos los que prestan servicios, haciéndose expresa mención de leyes debidamente individualizadas que deben ser aplicadas. Se incluye también una norma genérica en la cual se reconoce que en todo caso que haya prestación de trabajo debe haber remuneración proporcional e igual a la de los trabajadores dependientes de la misma categoría, asimismo, debe haber un congruo preaviso, antes del cese, y una adecuada indemnización si la terminación de la relación se hace sin motivo serio.” BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución el pensamiento juslaborista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, págs. 247-251.

De tal manera que no se le debe penar con un sistema que no le confiere protección al autónomo por el solo hecho de serlo, por el contrario, esta actividad debe ser promovida otorgando los beneficios mínimos previstos para los trabajadores en general.<sup>570</sup> Incluso si se analiza desde una perspectiva total de libre mercado, si estos trabajadores serían personas jurídicas y no personas naturales, en ese caso sería aplicable un ordenamiento que como el del Derecho de la Competencia, impida que una persona imponga condiciones abusivas sobre otra si tiene un poder de mercado mayor; de ahí, que bajo cualquier perspectiva deben también protegerse las relaciones autónomas que se encuentren en desequilibrio.<sup>571</sup>

Así mismo, es fundamental que el Derecho del Trabajo no incluya prestaciones sociales que en general deberían corresponder al ciudadano como tal, o a otros colectivos, ya que justamente para determinar si hay desequilibrio o no, se debe observar si se cumplen las prestaciones que corrigen el desequilibrio en la relación de trabajo, y no otros beneficios que tendrán mayor relación con la calidad de ciudadano, como podrían ser, por ejemplo, el derecho a la educación de los hijos de los trabajadores, que en el Ecuador se encuentra vinculado a la existencia de la relación de trabajo,<sup>572</sup> cuando realmente es una política social, que debe ser provista por el Estado si se considera que la educación debe ser gratuita, sin que esta sea una prestación que deba atarse a la existencia de una relación de trabajo; por lo tanto, no deben existir prestaciones incoherentes con la relación de trabajo ya que esto provocaría que la determinación del desequilibrio sea errada, dado que si no se cumplen unas prestaciones sociales se asumiría que existe desequilibrio,

---

<sup>570</sup> “El trabajo autónomo no es concebible si tiene como objeto o como efecto mermar los ingresos de la seguridad social; y, a la inversa, el estatuto de trabajador autónomo no es atractivo, si a las incertidumbres económicas que son inevitables en el mismo hay que sumar la perspectiva de una mala protección social.” AA.VV. *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pág. 45

<sup>571</sup> “Rather ironically, contracts for services were often placed on the wrong side of that divide so far as social protection was concerned, even if they were personal contracts for services representing personal work relations in which the workers concerned, although not qualifying as subordinated, were nevertheless considerably vulnerable to the insecurities of liberal freedom of contract.” FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 118.

<sup>572</sup> “Art. 42.- Obligaciones del empleador.- Son obligaciones del empleador: (...)5. Establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de los trabajadores, cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de dos kilómetros de distancia de las poblaciones y siempre que la población escolar sea por lo menos de veinte niños, sin perjuicio de las obligaciones empresariales con relación a los trabajadores analfabetos”. CÓDIGO DE TRABAJO.



cuando realmente esas prestaciones no hacen referencia al mismo. Así pues, en definitiva las prestaciones que el Derecho del Trabajo confiere deben tener relación con la corrección del desequilibrio en la relación de trabajo, dejando otros beneficios sociales vinculaos al concepto de ciudadanía.

A su vez, otro punto que queda en duda tiene relación con aquellas personas que no presentan una relación estable –primordialmente autónomos– que por el giro de su actividad razonablemente sería difícil aplicar el Derecho del Trabajo ordinario que prevé la existencia de una relación estable, donde la mayoría de ventajas que se confieren se realizan asumiendo que el vínculo se prologará en el tiempo; así por ejemplo, en el caso de las vacaciones, cuyo costo asume el empleador porque se entiende que la relación de trabajo durará.

De todas formas, esto no sucede en todas las prestaciones autónomas, sin que se justifique que por el hecho de ser temporales, no deban gozar de protección; por el contrario, la temporalidad determinará una suerte de desequilibrio en especial. Así, en estas relaciones de trabajo aunque se prestan servicios por una remuneración entre una persona natural o jurídica, por una persona natural en abierto desequilibrio, pese a esto. –ya que resulta difícil determinar todos los beneficiados de sus servicios–dejarán de ser protegidos porque se considera que, además de ser autónomos, no existe una forma en que se pueda determinar quien asumirá los costos de algunos beneficios laborales que presuponen la existencia de una relación estable, como sucede con derechos tales como las vacaciones, cuando la prestación en sí misma no dura más que días u horas; caso que sería muy evidente en la situación de los trabajadores autónomos, que bien podrían mantener una relación que sea absolutamente temporal por la naturaleza de los servicios que prestan.

En esa situación, la solución, será de acuerdo al sistema que se ha planteado, que se aplique la protección independientemente de que son autónomas, por el hecho de que se encuentren en desequilibrio, para lo cual se deberá observar si el servicio prestado se genera a un costo que al menos se equipare al de los servicios prestados en relaciones estables, fijado por el Derecho del Trabajo. Así pues, si los servicios que presta el autónomo en una relación laboral temporal, se entregan por un valor inferior que aquel mínimo equiparable a las prestaciones que reciben las relaciones estables, habrá

desequilibrio y por ende aplicación del régimen laboral. Esto soluciona el problema del autónomo temporal cuando se encuentra en desequilibrio.

Por otra parte, en la práctica, es cierto que será muy difícil la aplicación el régimen laboral estándar de los trabajadores estables; por lo, tanto será fundamental que las prestaciones que un trabajador debería recibir durante un año tendrán que calcularse, de tal manera que se pueda liquidar un costo de hora mínimo, que deberá ponderar todos los beneficios que ordinariamente recibiría un trabajador en una relación estable y además, con un recargo económicamente calculado por la inestabilidad de esta relación. Luego entonces, en el caso del trabajador autónomo en relaciones que por su naturaleza requieran ser así, al menos deberá cumplirse este mínimo por hora, para asegurar que no exista ninguna prestación de servicios que pueda proveerse a un costo que se considere inferior que lo que el Derecho de Trabajo estima como indispensable.

Así por ejemplo, la hora de esos trabajadores autónomos temporales debe incluir un rubro por las vacaciones, por ayudas sociales, y por los beneficios anuales que en general por su prestación no reciba.

Luego pues, y en todos los derechos con costo cero que pueden asimilarse los autónomos temporales a los trabajadores estables –tales como la irrenunciabilidad, o la sindicación–, no deberá existir discriminaciones y deberá aplicarse en toda su extensión, como ya se ha hecho en algunas legislaciones, ya que es obvio que la calificación de un grupo de trabajadores como autónomos no justifica su desprotección.<sup>573</sup>

---

<sup>573</sup> “Es obvio que debería otorgarse protección jurídica a este grupo para evitar o limitar las exacciones de que podría ser o es víctima por quienes les suministran los bienes con los cuales trabajan para que los distribuyan o los vendan al público, adquieren los bienes que venden o son regularmente usuarios de sus servicios, o les entregan los materiales para los servicios que prestan, protección que no sabría ser eludida con la afirmación de que el Derecho del Trabajo sólo alcanza el trabajo jurídicamente dependiente.. Si no los comprende, debería comprenderlos. Son ellos mismos los que recaban y luchan por esta protección. Los trabajadores independientes, cuyos ingresos dependen de terceros, han adquirido los derechos de sindicación y huelga. Por ejemplo, los choferes dueños de sus propios vehículos para el transporte de pasajeros o de carga se hallan agrupados en poderosas organizaciones sindicales y pueden negociar colectivamente sus tarifas; los vendedores independientes de diarios y revistas pueden hacer otro tanto; los pequeños comerciantes, y en fin, todos aquéllos que tienen un interés económico o laboral que defender también lo hacen. Se va conformando para ellos un estatuto especial de trabajo, distinto, es cierto del que existe en las empresas o en la administración pública, pero guardando cierta equivalencia de derechos, y que, no por ello, deja de pertenecer al Derecho del Trabajo.” RENDÓN, JORGE. *Derecho del trabajo, teoría general I*. 2ª edición, Lima: Grijley, 2007, págs. 45-47.

Por lo tanto, solo en cuanto sea imposible, se deberá determinar una valoración económica de los derechos que por la naturaleza temporal de la prestación no puedan proveerse –mientras que aquellos que pueden conferirse en su estricto sentido no deberían liquidarse en una prestación económica, como por ejemplo la intangibilidad–; lo que se pretende es que el trabajador en desequilibrio sea cual fuere su denominación reciba los mismos beneficios mínimos que tiene el trabajador en relación estable<sup>574</sup>.

Esto provocará que no se dé un efecto de huida hacia la relación de trabajo autónomo promovida por el Derecho, ya que si la relación se encuentra en desequilibrio, el empleador deberá asumir costos similares e incluso mayores que la relación estable, porque a la hora de la liquidación deberá tener un claro recargo con relación a la estabilidad; lo que generaría un efecto de regreso hacia relaciones de estabilidad y, en general, la inclusión de buena parte de los trabajadores que actualmente se encuentran en desequilibrio, mismo que solucionaría ampliamente el problema de exclusión –de la protección existente y generado por la división binaria en el Derecho del Trabajo– que no incluye muchas de las personas que efectivamente requieren de la protección laboral.<sup>575</sup>

Por otra parte, y si el trabajador autónomo se encuentra en una situación de equilibrio conforme se ha definido previamente no deberá gozar de la protección del Derecho del

---

<sup>574</sup> “La defensa de una extensión –siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas- de las normas laborales a los trabajadores autónomos tiene su plena justificación, a fin de cuentas, en el despliegue de la propia función integradora- y de legitimación social- del Derecho del trabajo, esta vez en relación con personas y actividades que, no siendo aquellas que siguen definiendo el supuesto tipo de regulación, son, sin embargo, perfectamente asimilables a estos propósitos al ámbito institucional del trabajo asalariado. La búsqueda de un marco jurídico laboral adaptado al trabajo autónomo se relaciona así, en último término, con la preocupación por garantizar a estos trabajadores niveles de protección social- laboral y seguridad social- semejantes a los trabajadores asalariados.” PALOMEQUE, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. En *Revista Análisis Laboral*, Marzo 2014, pág. 6.

<sup>575</sup> “...In addition, the labour and social security lawyer cannot avoid the debate on the effectiveness of the rules and the efficiency of legal action. We all know the lack of seriousness of some distinguished colleagues in describing their well adapted rules in detail and their wonderful labour code in theory. But in practice, never ask the question: for whom are you in practice implementing legal instruments? We know the awful answer all around the world. In some regions and countries, 90 per cent at least of the active population works outside labour law rules and without social security protection. This situation, from an expert’s point of view, is critical. Are we drafting laws for a very small minority of the active population? Are we omitting the vast majority of the population from our theories and arguments?” JAVILLIER, CLAUDE. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006, pág. 366.

Trabajo, de tal manera que también se protegen los intereses del empresario en la medida que no se le impone protección cuando esta no es requerida<sup>576</sup>, lo que actualmente sucede en muchos casos.

Finalmente, los trabajadores en equilibrio no estarán en ningún caso protegidos por el Derecho del Trabajo, lo cual es correcto, ya que en efecto se encuentran en condiciones objetivas que les permiten un mejor poder de negociación; lo que hace plenamente razonable que no gocen del amparo del régimen laboral.

Si en este caso se da un efecto de huida hacia el nicho del trabajador en equilibrio – contrario a lo que sucedía por ejemplo en el caso de la subordinación, donde la huida hacia al autónomo provocaba una serie de desigualdades–, en este caso el efecto de huida a una relación de equilibrio sería deseable ya que lo que propendería es a que las relaciones de trabajo para mudarse al equilibrio busquen que los trabajadores alcancen ingresos que se consideren como los que determinen equilibrio; es decir, que la única huida sería generar mejores ingresos al trabajador autónomo, que lo equiparen a la protección general, por lo que si se diera la huida a este régimen de mayor flexibilidad sería garantizando el pago de unos valores ostensiblemente mejores que la base propuesta por el Derecho del Trabajo.

---

<sup>576</sup> “Sin embargo, en la actualidad, resultaría no sólo inconveniente, sino hasta equivocado, sostener que el Derecho del trabajo continúa siendo un derecho unilateral, ya que todo derecho es, por su propia esencia, bilateral. La necesidad de coordinar armoniosamente todos los intereses que convergen en las empresas modernas, requiere que el Derecho del trabajo proteja no solamente los derechos de los obreros, sino también los del capital y lo más altos de la colectividad. Así, nuestra Ley Laboral en su artículo 132 impone obligaciones a los patrones, pero en el 134 también obliga a los trabajadores. Por tales razones, un moderno Derecho del trabajo debe superar el principio de la lucha de clases y sustituirlo por el de la armonía entre las mismas. Acorde con estas ideas, el maestro Krotoschin expresa que "el Derecho del trabajo no es un derecho de clase, sino un Derecho de superestructura dirigido precisamente a superar la lucha de clases.” CAVAZOS, BALTASAR, *40 Lecciones de Derecho Laboral*, 9ª edición, México: Trillas, 2004, págs. 32-35.

## ***CONCLUSIONES GENERALES***

1. Aunque la denominación del Derecho del Trabajo como disciplina parecería sugerir que estamos ante una rama de la ciencia jurídica que pretende la regulación del trabajo en general, no es menos cierto que el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se ha acotado mayoritariamente a la protección del trabajador que se encuentra dentro de una relación laboral subordinada; para lo cual se parte de la presunción de que el trabajador ,dentro de esta relación, es el único que requiere el amparo propio de la normativa laboral.
2. No es un axioma indiscutible el hecho de que Derecho del Trabajo solo tenga que estar limitado a la protección del trabajador subordinado. Si bien es cierto que esta ha sido la tendencia mayoritaria dentro de esta disciplina, aquello no impide que se pueden incluir, dentro del mismo, nuevas relaciones que objetivamente requieran la protección que puede proveer la normativa laboral.
3. Para determinar el marco de aplicación del Derecho del Trabajo, ésta disciplina ha optado por precisar cuál es la relación de trabajo que considera jurídicamente relevante de manera tal que se genera protección cuando una determinada relación se enmarca dentro de aquel concepto, así como también se evita cualquier protección cuando la relación que se analiza no configura todos los elementos de la relación de trabajo que el Derecho Laboral considera como aquella digna de tutela.
4. En el Ecuador, el cuerpo normativo que ha precisado cuál es la relación de trabajo es el Código de Trabajo, norma que es la materia central de esta investigación. En consecuencia, tanto para determinar cuál es la relación de trabajo que se encuentra protegida, así como para proponer una redefinición de la relación de trabajo, se hizo un análisis del Código de Trabajo en el Ecuador primordialmente.

5. La determinación de la relación de trabajo protegida en el Ecuador no supone un tema pacífico, ni plenamente solventado. A pesar de que es clave para determinar en qué casos se aplica el Derecho del Trabajo y su regulación protectora, tal como se ha evidenciado, es fácil encontrar que existe una gran discusión en cuanto a determinar cuál es la relación de trabajo que resulta relevante dentro del Derecho del Trabajo ecuatoriano. Es por esta razón que una parte importante de la presente investigación se ha destinado a determinar cuál es la relación de trabajo regulada por el Derecho del Trabajo, como un mecanismo necesario para determinar el punto de inicio desde el que se partirá para intentar una reformulación de la relación de trabajo que se encuentra amparada por la normativa laboral.
6. Aunque existen varias formas de determinar la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador, puede concluirse que fundamentalmente dos son las definiciones de la relación de trabajo jurídicamente protegida que pueden considerarse como preponderantes, y que serán aquellas objeto de estudio dentro de esta investigación.
7. Por una parte, aparece la definición de la relación de trabajo clásica, misma que se ha desarrollado a partir de la aplicación de la doctrina extranjera –especialmente mexicana– a la interpretación del Código de Trabajo ecuatoriano, en virtud de la cual se ha considerado mayoritariamente que la relación de trabajo que se encuentra protegida en el Ecuador, supone siempre la existencia de ciertos elementos que se han considerado como definitorios de la relación de trabajo; siendo estos que la relación de trabajo protegida en el Derecho Laboral ecuatoriano tiene como sus elementos: el ser un acuerdo, para la prestación de servicios lícitos y personales –entendiendo a los servicios personales siempre como *intuitu personae*–, por el pago de una remuneración y, que siempre los servicios se presten bajo dependencia que –a partir de esta definición– se ha considerado como sinónimo del concepto de subordinación.
8. Del análisis realizado, no se encuentra que el Derecho del Trabajo en el Ecuador requiera, para generar protección, que exista consentimiento o la existencia

expresa de un acuerdo, ya que el artículo 12 del Código de Trabajo determina que debe protegerse la relación de trabajo aunque no exista un contrato, asumiéndose que esta relación es un contrato; lo que no es lo mismo que decir que se requiere que exista contrato para que exista la protección propia del Derecho del Trabajo en el Ecuador el cual es el equívoco que en muchos casos se ha aplicado, ya que para que se genere protección se ha exigido que exista un contrato, cuando en el Derecho del Trabajo se protege la sola existencia de una relación de trabajo

9. Aunque ordinariamente no se ha considerado que sea un elemento definitorio de la relación de trabajo, el hecho de que la prestación protegida sea un servicio, este conforma evidentemente un elemento esencial de la relación de trabajo protegida, tal como claramente lo recoge el artículo 8 del Código de Trabajo.
10. No existe una clara definición, en la normativa aplicable en el Ecuador, de aquello que tendrá que considerarse como servicio; sin perjuicio de lo cual, al analizar la normativa aplicable al Ecuador referente a los servicios cabe concluir que deberá entenderse por servicio aquella prestación de una actividad inmaterial que es inmediatamente consumida y que por lo mismo siempre supone una ejecución heterogénea.
11. En virtud de la aplicación de la teoría general de los contratos, que es pertinente para el estudio de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador – ya que toda relación amparada por el régimen laboral se presupone como una relación contractual– cabe concluir que el hecho de que la prestación de servicios deba ser lícita, más que un elemento esencial del contrato de trabajo, es un requisito de validez de todo contrato; razón por la cual, la licitud del objeto del contrato de trabajo es un requisito de validez y no un elemento en sí del contrato de trabajo.

12. La personalidad en la prestación de los servicios es un elemento esencial del contrato de trabajo en el Ecuador, sin embargo, nada hace entender que la personalidad como elemento de la relación protegida en el Ecuador sea aquella formulada desde las teorías civilistas, que determinan que la obligación dentro del Derecho del Trabajo es siempre *intuitu personae*. Por el contrario, es evidente que es posible la existencia de contrato de trabajo, sin que realmente exista una prestación estrictamente personal propia de las obligaciones *intuitu personae*. Así por ejemplo aparece el caso del contrato de equipo, que siendo un contrato de trabajo, bien puede suponer que un trabajador en particular no se encuentre obligado a proveer el servicio, ya que el mismo servicio puede ser ejecutado por cualquier miembro del equipo y si las obligaciones en materia laboral siempre fuesen *intuitu personae*, esto fuese imposible. En esta virtud y puesto que los elementos del contrato de trabajo se establecen como mecanismos para determinar cuando existe una relación de desequilibrio que amerite ser protegida, lo que puede encontrarse es que el elemento de personalidad se produce en la medida en que el trabajador no haya construido un andamiaje para la prestación de servicios que le permita proveer éstos por intermedio de terceros sin prestar el trabajador el servicio; en este caso se produce la personalidad laboral, que no es exactamente comparable con el carácter *intuitu personae*, de algunas obligaciones civiles.
13. Otro de los elementos propios del contrato de trabajo es aquel en virtud del cual se exige que exista onerosidad en las partes al momento de celebrar el contrato, lo que no significa, como se ha entendido clásicamente en el Ecuador, que se exija la existencia de un pago para que se concluya la existencia de onerosidad en la relación. Bien puede haberse pactado una relación onerosa, donde no se haya cumplido el pago, sin que esto suponga que no exista la relación de las partes de que el contrato se celebre a título oneroso.
14. Los elementos del contrato antes descritos, se encuentran en una multiplicidad de contratos, razón por la cual se concluye que el elemento que caracteriza el contrato de trabajo en el Ecuador, y que lo diferencia de otros contratos o



relaciones, es el de la dependencia. Por esto, ha sido importante, en este estudio, hacer un alto para analizar de manera profunda este concepto.

15. Clásicamente se ha considerado que la dependencia y la subordinación son el mismo elemento, sin embargo, dentro de la investigación se ha observado que no fue intención del legislador ecuatoriano utilizar el término subordinación, ni su contenido; por lo que desde una perspectiva estricta, el elemento que debe utilizarse para definir aquel comprendido en el contrato de trabajo en el Ecuador, es el de la dependencia y no el de la subordinación.
16. Históricamente en el Ecuador, se ha concebido a la dependencia, como un concepto más amplio que el de la subordinación –que fundamentalmente se limita a determinar el sometimiento que puede presentar un trabajador a las órdenes y dirección de su empleador– ya que, la dependencia, si bien puede incluir el sometimiento propio de la subordinación, no se encuentra limitado a este. Por lo tanto, en el Ecuador, desde un análisis estricto, puede concluirse que la dependencia supone un criterio delimitador de la relación de trabajo jurídicamente protegida que es ostensiblemente más amplio que el de la subordinación, si se aplica el Código de Trabajo desde un análisis exegético de su contenido.
17. La interpretación clásica y preponderante en el Ecuador-que primordialmente ha empleado doctrina extranjera para su desarrollo- ha asimilado que los conceptos de dependencia y subordinación son sinónimos. Más aún, en la interpretación del Código de Trabajo, se ha entendido clásicamente que siempre se habla de subordinación al referirse al concepto de dependencia, incluso cuando el Código de Trabajo en ninguna parte hace referencia al concepto de subordinación, por lo que en la práctica, por lo que la interpretación de la relación de trabajo relevante en el Ecuador, se ha separado del contenido de la norma que regula el tema.
18. La definición preponderante que se ha dado de dependencia es aquella restringida de la llamada subordinación jurídica, entendiéndose como la prestación de un

servicio con órdenes y dirección de una persona; de manera tal que cualquier otro tipo de sometimiento que pueda presentar el trabajador de facto, ha quedado excluido de la protección provista por el Derecho del Trabajo en el Ecuador, aunque los legisladores jamás utilizaron ni se refirieron al concepto de subordinación.

19. Una corriente inicial para definir al concepto de dependencia, y que es respaldada por algunas resoluciones judiciales ecuatorianas permite observar que en el Ecuador, se ha considerado en algunos casos que la existencia de dependencia puede producirse cuando se evidencia un sometimiento en la prestación de servicios que puede ser administrativo, disciplinario, material, comercial, o económico; cualquiera de las cuales se ha considerado suficiente para que se configure la existencia de dependencia, por lo que si aparecen los demás elementos del contrato de trabajo, se confiere protección; de manera tal que la jurisprudencia ecuatoriana no siempre ha estado atada al concepto de subordinación jurídica. Este último criterio sobre la dependencia es el que se defiende en esta investigación como el más apegado a la naturaleza del Código de Trabajo y a su redacción.

20. Más allá de la definición clásica del contrato de trabajo y sus elementos, este estudio permite observar que bien cabe otra definición de los elementos a partir del análisis prolijo del Código de Trabajo, que implica que la relación de trabajo que se encuentra protegida por él es aquella en virtud de la cual se realiza la prestación de servicios, mediando una personalidad laboral, dentro de una relación a título oneroso, y bajo dependencia en la forma definida en el numeral inmediatamente precedente

21. La definición clásica de la relación de trabajo que se ha empleado en el Ecuador, no dista mucho de aquella noción que ordinariamente se ha utilizado en muchos de los países de tradición continental, y en algunos casos, incluso de aquellos países provenientes de la tradición del common law. En esta virtud pues, los

problemas que se han presentado en la aplicación del Derecho Laboral y la determinación de la relación de trabajo jurídicamente protegida son bastante cercanos a aquellos problemas que universalmente se han producido con relación a este tema.

22. La definición de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador, en general asume que siempre que exista subordinación, existirá un desequilibrio que exija la protección del Derecho del Trabajo; mientras que también presume que aunque exista una relación para la prestación de servicios, por una remuneración y personal, solo por el hecho de que no se configure la existencia de subordinación, no hay desequilibrio. En consecuencia, el Derecho del Trabajo, y la relación jurídicamente protegida se encuentran fundados en premisas falsas, toda vez que el indicador de subordinación, no es absolutamente adecuado para presumir que siempre que el mismo se genere, existe desequilibrio. Es evidente que bien pueden existir relaciones de trabajo con subordinación donde no exista desequilibrio; por lo que la protección se hace superflua, o en su defecto relaciones para la prestación de servicios que manifiesta un claro desequilibrio se encuentran desprotegidas.
23. Es necesario, entonces, redefinir la relación de trabajo protegida, ya que no siempre otorga amparo a quien objetivamente lo requiere, mientras que en varios casos protege a personas que pueden estar reguladas por el Derecho ordinario.
24. Puesto que la investigación pretende una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Ecuador, misma que se encuentra regulada por el Código del Trabajo, cualquier reformulación que se haya efectuado fue respetando tanto los principios generales de la disciplina del Derecho del Trabajo, así como la normativa jerárquicamente superior al Código de Trabajo; por lo tanto, esos son límites de la reformulación propuesta. De manera tal, que no se ha pretendido ninguna modificación ni en los principios del Derecho del

Trabajo, ni en las normas jerárquicamente superiores que tienen relación con su regulación.

25. Tiene que observarse que el objeto final del Derecho del Trabajo, más allá de concepciones ideológicas –que pretenden separarse en la mayor medida dentro de este estudio– es el corregir el desequilibrio que puede presentarse en la prestación de servicios personales por una remuneración. Por lo tanto, cualquier reformulación de la relación protegida por el Derecho del Trabajo se efectuó desde esta óptica.
26. La normativa constitucional e internacional no pretende definir la relación de trabajo, pero de todas formas desarrolla varios derechos relacionados con este tema, por lo que corresponde analizar lo anotado dentro de esta normativa, ya que finalmente supone un parámetro que permite observar cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida por el Derecho.
27. Dado que la Constitución de la República del Ecuador mayoritariamente excluye a los trabajadores públicos de la regulación del Código de Trabajo, esta investigación limita sus conclusiones primordialmente a los trabajadores privados.
28. Es evidente que ninguna norma de la Constitución o de los Tratados Internacionales limita su marco de aplicación a un tipo de trabajadores en particular, más allá de la excepción previamente señalada; por lo tanto y a partir del análisis de la normativa supralegal, cabe concluir que la relación de trabajo jurídicamente protegida en ningún caso está constreñida a la relación de subordinación. Por lo tanto la redefinición de la relación de trabajo no tiene por qué limitarse a la protección de la relación bajo subordinación. Dado que los problemas que se generan en cuanto a la definición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, y los límites que se aplica para su redefinición son sustancialmente similares que aquellos que pueden encontrarse en la doctrina

internacional relacionada con el tema, para intentar una redefinición de la relación de trabajo será importante observar los avances que en esta materia se han desarrollado en otros países no para aceptarlos sin beneficio de inventario, sino para aplicarlos al caso ecuatoriano en cuanto sean pertinentes.

29. Se ha anotado en este estudio que existen cuatro principales corrientes para la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida. Por una parte, aquellas que pretenden una aparente redefinición a partir de la aplicación de la ideología de libre mercado. Luego las otras tendencias para la redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida tienen relación con la clásica definición de esta -más que con la vinculación ideología determinada-, así pues existen tendencias que reconoce al división binaria, pero pretenden reformularla y luego se encuentran las teorías que reconociendo una división binaria clásica no la modifican, sino que crean nuevos conceptos para regular las relaciones de trabajo que no caen dentro de la división binaria estándar. Finalmente, se encuentran aquellas tendencias para la redefinición, que desconocen como válida la división binaria, y que plantean una redefinición de la relación de trabajo jurídicamente protegida, más allá de esta.
30. Las teorías liberales que pretenden redefinir la relación de trabajo, más que una nueva definición realmente lo que pretenden es la desaparición del ordenamiento jurídico laboral, para lo cual mayoritariamente defienden que el Derecho del Trabajo es un traba para el desarrollo del sistema económico, llegando a esta postulado a partir de razonamientos económicos que sugieren que cualquier tipo de regulación impide el funcionamiento de mercados, premisas que en todos los casos suponen consideraciones subjetivas, pero que en ningún caso puede considerarse como verdades absolutas, contrario a lo que pretenden defender los impulsores de estas tendencias.
31. La teoría de la flexibilidad dentro del Derecho del Trabajo, no es realmente una teoría, sino un mecanismo que aparenta políticamente correcto, pero que en el fondo propende a la desaparición del Derecho del Trabajo, de manera tal que se confiera flexibilidad a la relación laboral solo en la medida en que beneficie al

empleador, desmantelando en general el régimen protector del Derecho del Trabajo

32. La políticas de flexiseguridad para la redefinición de la relación de trabajo, benefician mayoritariamente a una de las partes, siendo esta el empleador que se beneficia de la flexibilidad, mientras que a su vez se libera de los costos de la seguridad que se confiere al trabajador, toda vez que el Estado es el que se hace cargo de la seguridad en la relación de trabajo. En esta virtud, esta disciplina pierde su sentido en la medida en que deja de proteger a la parte en desequilibrio, y confiere mayores beneficios a quien tiene ordinariamente la capacidad de imponer condiciones dentro de una relación de trabajo.
33. Dentro de este trabajo no se considera factible que una de las partes dentro de la relación de trabajo –que ordinariamente ostenta el mayor poder en la negociación– deba ser quien se autorregule, ya que evidentemente aquello producirá mayor desequilibrio porque no resulta lógico que quien impone las condiciones de contratación se encuentre en posición de autorrestringirse; de ahí, que las propuestas de autorregulación no son consideradas válidas como mecanismos para corregir el desequilibrio que se encuentra en algunas relaciones de trabajo.
34. La propuesta de desregulación del mercado de trabajo no se considera dentro de este estudio como relevante para redefinir la relación de trabajo, ya que la misma realmente supone la desaparición del Derecho del Trabajo, dado que deja de tener sentido un ordenamiento jurídico que existe para corregir desequilibrios, si por otra parte se asume que los desequilibrios en el mercado del trabajo se corrigen solos, supuesto que es base de la defensa de la existencia de mecanismo de desregulación.
35. El presente trabajo rechaza fundamentalmente la aplicación de las teorías de redefinición de la relación de trabajo que parten desde una visión liberal porque

primordialmente desconocen el objeto central del Derecho del Trabajo –que es la corrección de desequilibrios– y consideran que será el mercado el que libremente se autorregule asumiéndolo como perfecto, de libre competencia; Lo que esta investigación considera que es una posibilidad utópica e inexistente, ya que en general es claro que el mercado de trabajo presenta grandes fallos que deben ser corregidos mediante la aplicación del Derecho del Trabajo.

36. Las otras tendencias para la redefinición de la relación de trabajo que no aplican el concepto liberal se centran fundamentalmente en solventar el problema que yace a partir de la división binaria, que se crea en virtud de la definición clásica de la relación de trabajo que confiere protección en caso de aparezca subordinación, y que por otra parte la rechaza en el caso contrario, lo que deja fuera de toda regulación a una amplia cantidad de relaciones de trabajo.

37. En cuanto a la definición clásica de la relación de trabajo, es prácticamente un consenso doctrinal la misma se encuentra colapsada y que debe al menos redefinirse el concepto delimitador de protección; toda vez que definición clásica de la subordinación resulta insuficiente para regular la variedad de relaciones de trabajo que requieren la aplicación de un marco normativo laboral.

38. Las corrientes que pretenden una reformulación de la división binaria, fundamentalmente parten de la ampliación del concepto de subordinación, extendiéndolo más allá de lo que la definición de subordinación permite; de manera tal que se incluyen situaciones adicionales como parte de su concepto, cuando realmente no encajan dentro del mismo. Al efecto, para ampliar el concepto de subordinación se llega al punto de desnaturalizarlo, ya que dentro del mismo se incluye cualquier tipo de desequilibrio que se encuentre en la relación de trabajo.

39. La ampliación que se pretende de la noción de subordinación es bastante similar al concepto de dependencia conforme se había aplicado históricamente en el

Ecuador, hasta que comenzó a preponderar una visión restringida de la subordinación. Esto determina que la ampliación del concepto de subordinación no sea una línea de reformulación de la relación de trabajo que suponga un real cambio en el caso ecuatoriano, ya que el Derecho del Trabajo ecuatoriano ya nació con un concepto más amplio que la sola subordinación. Más que una reformulación, si se aplica esta ampliación del criterio de subordinación al caso ecuatoriano, estaríamos ante una confirmación de que la interpretación inicial del concepto de dependencia amplio; sin embargo de lo cual, este retorno a una interpretación amplia del Derecho del Trabajo, más que una redefinición en el caso ecuatoriano, sería una corrección de la interpretación de los elementos de la relación de trabajo. Así, si bien es necesaria, solo puede ser un paso de partida para la redefinición de la relación de trabajo protegida.

40. La precisión de la división binaria en el Derecho del Trabajo, que parte de presumir algunas situaciones como subordinadas, aunque no necesariamente encajen dentro del supuesto en virtud del cual se defina esta concepto; no se puede considerar como útil para redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida dentro de esta investigación, puesto que se fija una presunción rígida y no siempre verdadera para la determinación de la protección del Derecho del Trabajo, lo cual es justamente el principal error que se pretende corregir en la medida que se considera que el Derecho Laboral, asume como desprotegidas a personas que no necesariamente se encuentra en tal situación. La presunción de subordinación es solamente una más de las tendencias en ese sentido.
41. Las teorías que respetan la división binaria pero que pretenden crear otro concepto en su reemplazo, olvidan que al crear una definición delimitadora de la relación de trabajo jurídicamente protegida, que mantenga las rigideces de una división binaria, finalmente se corre el gran riesgo de presumir que existen unas personas que cumpliendo el requisito siempre necesitarán protección, aunque realmente aquello no sea cierto. Se sigue manteniendo el error de defender una teoría estática que además genera un gran premio a quienes subsumen su conducta a un concepto. y olvida a quienes se encuentran fuera.



42. Así mismo no debe olvidarse que las teorías que pretenden reemplazar el concepto de subordinación, con otro elemento que determine la necesidad de que se aplique el régimen protector aún no han sido capaces ni siquiera de formular un nuevo concepto que pueda desplazar al de la subordinación como piedra angular de la división binaria; Por lo que en fondo estas posiciones solo derrocan la existencia de un tirano irrazonable, coronando a otro que aún ni siquiera aparece como definido.
43. Los test judiciales para la redefinición de aquellos conceptos que sirven para delimitar la división binaria en el Derecho del Trabajo, suponen intentos emergentes de las Cortes ahí donde se han producido para ampliar los conceptos delimitadores de la relación de trabajo, lo cual supone la confirmación de que el concepto de la subordinación es claramente limitado para determinar en qué casos debe generarse protección. De todas formas, esta tendencia encuentra sus fallos en la medida en que supone un desarrollo muchas veces desorganizado, que no establece conceptos precisos en todos los casos; así pues, aunque suple las restricciones del concepto de subordinación, no siempre presenta soluciones claras y organizadas para determinar qué relaciones de trabajo deben ser protegidas, por lo tanto, si bien es un intento valioso, por otro lado no es organizado, sino una solución de emergencia.
44. El contrato único como un mecanismo para incluir a trabajadores que tienen menores derechos –aunque bien podrían estar incluidos dentro de la definición de la relación de trabajo– es un intento loable por dar coherencia al sistema, en la medida en que si se cumplen los elementos que el ordenamiento jurídico ha determinado para generar protección, nada permite concluir que debe existir un régimen de inferiores derechos. De todas formas, esta propuesta queda corta en la medida en que no solventa los problemas que existen con respecto a las personas que, pese a no encontrarse dentro de los supuestos de protección, sí presentan un desequilibrio que justifique que sean amparadas por el Derecho del Trabajo.

45. En líneas generales, las propuestas que suponen un precisión o ampliación de los conceptos delimitadores de la división binaria, no resuelven el problema que se presenta en la medida en que se deja sin regulación todo un grupo de trabajadores como serían los autónomos, que pudiendo estar en relaciones de trabajo en desequilibrio no gozan de protección equiparable a la de otros trabajadores subordinados, que podrían estar gozando de amparo, aunque no necesariamente estén en un estado de desequilibrio que lo haga justificable.
46. La tendencia que plantea solventar los problemas en cuanto a la definición de la relación de trabajo jurídicamente protegida a partir de dejar intacta la división binaria, creando nuevos conceptos para regular las relaciones de trabajo que no se enmarcan dentro de la división binaria, también presentan el error antes planteado porque garantiza una división que perenniza las presunciones falsas encima de las cuales se ha construido el Derecho del Trabajo, elaborando un sistema paralelo que en nada solventa el problema principal, aunque genera un marco de protección para algunas relaciones de trabajo antes completamente desreguladas.
47. Los terceros conceptos que se crean para regular relaciones de trabajo que no se encuentran apropiadamente reguladas dentro de la división binaria, especialmente en lo que se refiere a los casos italiano, alemán y español; por una parte reconocen que existen situaciones no protegidas por el régimen ordinario del Derecho del Trabajo que requieren de un amparo, pese a lo cual finalmente crean un sistema que mayoritariamente ubica estas relaciones de trabajo en el régimen ordinario de la autonomía actual, el cual provee muy pocas normas que permitan asegurar el equilibrio contractual en la relación de trabajo. Por esto, en la práctica estas teorías solamente suponen una ratificación ligeramente corregida del sistema vigente, además de que tiene una clara preferencia por no extender la protección propia del Derecho del Trabajo.

48. Los sistemas que crean terceros conceptos para regular situaciones no amparadas dentro del régimen binario, a pesar de que no confieren mayores derechos laborales, a su vez tienen una clara tendencia a ser restrictivos en su marco de aplicación: por lo que incluso en los pocos derechos que confieren no pretenden ser un mecanismo de aplicación generalizada en aquellos casos que claramente puedan someterse al sistema. Se observa que estamos ante estructuras que pretenden ser un mecanismo de bálsamo social para situaciones desprotegidas por el Derecho del Trabajo, pero que realmente no pretende tener un catálogo amplio de derechos, ni una aplicación extensiva. Se trata de un sistema concebido para ser restringido, de manera tal que no resulta eficiente para proveer una solución general al momento de redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida.
49. El sistema de creación de terceros conceptos para regular relaciones de trabajo desprotegidas suele ser tan corto, que ordinariamente solo crea derechos con coste cero, comúnmente procesales, sin que en realidad supongan la formulación de verdaderos derechos sustantivos, que confieran una auténtica protección contra el desequilibrio dentro de relaciones de trabajo que lo requieran.
50. Uno de los sistemas más importantes en virtud del cual se crean terceros conceptos para la regulación de relaciones de trabajo, es aquel que regula las relaciones de dependencia económica, que entiende que la subordinación no supone entre sus elementos dependencia económica: por lo que se justifica que exista un régimen distinto que regule estas relaciones. Al respecto, dentro de esta investigación se ha considerado que la regulación de la dependencia económica como una situación de desequilibrio que per se debe tener una regulación diferente y en general con menores derechos que la subordinación, no se encuentra objetivamente justificada; por lo que dado no existe ningún argumento lógico y objetivo para sustentar que el sometimiento que puede producirse por la dependencia económica sea de inferior categoría que el

sometimiento que se genera por la subordinación. No se considera esta posibilidad como aceptable para la corrección de desequilibrios, por el contrario, se encuentra que garantiza el desequilibrio en la medida en que la dependencia económica, pese a ser un claro sometimiento, no genera la misma protección que otros indicadores.

51. Solo si se asume que el Derecho del Trabajo tiene como fin en sí mismo la protección de la relación laboral bajo subordinación, puede decirse que la dependencia económica al no entrar dentro objetivo de protección, debe estar regulada por un régimen distinto. De todas formas, y si se concluye, como se ha hecho en esta investigación, que la subordinación es solo un indicador de la existencia de desequilibrio cuya corrección es el fin último del Derecho del Trabajo, tendrá que entenderse que nada justifica que otro indicador de desequilibrio como la dependencia económica deba tener un régimen jurídico distinto.
52. Si se aplica la definición de la relación de trabajo amplia del Derecho en el Ecuador, que ha sido la históricamente más acertada según se defiende en este trabajo, no tiene ningún sentido que indicadores de desequilibrio permitan la creación de nuevos regímenes, ya que en todos los casos bien caben en el régimen de la relación de dependencia en un sentido amplio. Así pues, de acuerdo a la definición histórica de la relación de trabajo protegida en el Ecuador, la existencia de dependencia económica claramente justifica la aplicación del régimen laboral ordinario y no la creación de uno nuevo, lo que además no es una solución única del régimen ecuatoriano, sino que se encuentra en otros ordenamientos como sucede en el caso de la jurisdicción sudafricana por ejemplo.
53. En estricto sentido, el concepto de worker del Reino Unido es el más disímil de aquellos que crean terceros conceptos, en la medida que no crea una tercera categoría, que pretende ser mayoritariamente independiente. Por el contrario, lo

que establece es un nuevo nivel de regulación que más allá de la división binaria, y que crea derechos que bien pueden aplicarse a trabajadores que se considerarían subordinados o autónomos si caen dentro del supuesto del sistema; por lo tanto es un sistema inteligente en la medida que confiere protección de acuerdo a la necesidad sin atarse a la división binaria, aunque tampoco la deroga.

54. El sistema del Reino Unido, entonces, supone una ampliación en la práctica de derechos laborales, que va más allá de la subordinación y en esa medida resulta una experiencia interesante. De todas formas, aún deja un grupo de trabajadores que quedan por fuera de este sistema aunque bien podrían evidenciar un desequilibrio que justifique protección. De cualquier forma, es un sistema importante que se ha analizado al momento de redefinir la relación de trabajo que debe ser jurídicamente protegida en el Ecuador, ya que es el primer intento para salir de la división binaria.
55. Por otra parte, las tendencias que pretenden una reformulación de la relación de trabajo protegida desconociendo la actual división binaria, aunque resultan interesantes en la medida en que rechazan el sistema que confiere toda la protección en base a presunciones falsas, –lo que supone atacar directamente el problema–; por otra parte, no han logrado generar sistemas que se hayan aplicado prácticamente, sino solamente en casos muy residuales, por lo que estamos ante propuestas relevantes pero mayormente teóricas y poco pulidas, lo que hace que requieran de una mayor precisión.
56. Uno de los pocos caso, en que puede encontrarse un sistema aplicado en la realidad que determina la relación de trabajo protegida sin limitarse a la división binaria clásica del Derecho del Trabajo, es aquel que se ha generado dentro de la Unión Europea. Del análisis, del mismo puede encontrarse que la normativa laboral, en general se aplica estableciendo en cada caso cuál es la relación de trabajo que será relevante; de manera tal que no hay un concepto general que establezca un tipo de relación de trabajo como aquella que será protegida. Al

respecto, este sistema tiene la ventaja de que adapta los derechos laborales que confiere dependiendo de la naturaleza particular de cada relación de trabajo, lo que le permite ser altamente flexible: de manera tal que se trata de proveer soluciones en virtud del derecho que se confiere. De todas, formas el sistema muestra sus carencias en la medida en que no existe una organización clara del mismo. Así pues, resulta difícil poder prever de antemano cual será la relación de trabajo relevante frente a un derecho laboral determinado, ya que cada derecho se otorga en virtud de una relación diferente. Esto supone una aplicación compleja, donde a cada relación de trabajo virtualmente se le puede aplicar un catálogo de derechos laborales diferente, lo que hace que el sistema sea poco eficiente, y que requiera de una valoración particular en cada situación para determinar con exactitud todo el régimen laboral que le será pertinente.

57. La mayoría de propuestas para la redefinición de la relación de trabajo desde una perspectiva teórica, sugieren la posibilidad de que el Derecho del Trabajo deje de limitarse a regular solamente las relaciones laborales bajo subordinación, para lo cual se promueve el entendimiento del objeto de la disciplina, como la regulación del trabajo en general. Al respecto, esta es una posición que coincide altamente con el ámbito de aplicación de los derechos laborales contenido en la Constitución y en varios tratados internacionales aplicables al Ecuador, con las excepciones previamente planteadas; por lo que has supuesto una tendencia que es de vital importancia a la hora de plantear una redefinición que en este estudio se quiere conseguir...

58. Las teorías que defienden la existencia de un Derecho de Trabajo que propenda a generar protección social universal, en general pretenden conferir derechos laborales a las personas incluso si no se encuentran dentro de una relación de trabajo, razón por la cual que resulta irrelevante incluso la relación de trabajo para conferir protección; por lo tanto no pretenden realmente corregir los desequilibrios en la relación de trabajo, sino conceder derechos laborales a todas las personas por el solo hecho de serlo. En consideración de lo dicho, concluyo que las teorías que propugnan una protección social universal, no observan el objeto del Derecho del Trabajo según se ha detallado en este trabajo; por lo tanto,

realmente suponen la creación de una política social, más que un mecanismo de regulación del desequilibrio en la relación de trabajo...

59. La redefinición de la relación de trabajo que se propone dentro de este trabajo, se formula en la medida de que puedan corregirse los desequilibrios dentro de este mercado. Otros fines de política social, que bien pueden ser loables, no son considerados, ya que se parte de la consideración de que el Derecho del Trabajo no tiene que convertirse en el medio para generar políticas sociales, sino en el mecanismo para la corrección de desequilibrios en la relación de trabajo; lo cual, por otra parte determina que las políticas sociales, pueden generarse sin que necesariamente se vinculen con la existencia de una relación de trabajo.
60. La razón jurídica que permite sostener que los trabajadores públicos deben someterse a un régimen laboral especial, que difiere del de los trabajadores privados, en el caso ecuatoriano nace en virtud de considerar que el Estado, al representar intereses colectivos, debe gozar de un régimen particular que les permita asegurar su cumplimiento; este no puede ser aquel de los trabajadores privados, que por no representar ningún interés superior –como es el interés colectivo–, no pueden gozar de beneficios especiales, sino que tendrán que someterse al régimen laboral estándar. Lo dicho, justifica la existencia de dos ordenamientos jurídicos aplicables a la prestación de servicios dependiendo de la naturaleza pública o privada del empleador.
61. Aunque la tendencia de la normativa supralegal en el Ecuador es incluir como beneficiarios de derechos laborales a la mayor cantidad de trabajadores, sean estos dependientes o no, la propuesta de la redefinición de la relación de trabajo que se ha querido formular dentro de esta investigación, fundamentalmente se aplica a los trabajadores privados ya que la Constitución del Ecuador, expresamente excluye del régimen laboral a los trabajadores públicos, a los que somete a un régimen particular.
62. El contrato de actividad es una solución amplia que permite de manera extensiva conferir protección a los trabajadores por el solo hecho de pertenecer a una rama

de la industria, de manera tal que todos los empleadores dentro de un sector de la industria asumen los costos del desequilibrio en la relación de trabajo, especialmente cuando la relación deja de estar activa. Supone una evolución del concepto de protección social universal en la medida en que los beneficiarios del desequilibrio son aquellos que asumen los costos del mismo, y no el Estado, por lo que más que política social, realmente configura una corrección del desequilibrio. En todo caso, puede concluirse que es una solución bastante utópica en la medida que presupone una actividad colaborativa de todos los actores dentro de un mercado determinado, para colaborar en la protección de los desequilibrios, cuando aquello es ajeno a la realidad de la competitividad, y del sistema de mercado preponderante. Para su aplicación se requeriría no solo de una modificación de la relación de trabajo protegida, sino mayormente de una reformulación del sistema económico mundial, cosa que evidentemente excede en mucho el objeto del Derecho del Trabajo y el ámbito de esta investigación.

63. El sistema de protección multinivel y organizado, propuesto por el profesor Mark Freedland, goza de un evidente beneficio por sobre la mayoría de tendencias que desconocen la división binaria para determinar la relación de trabajo que debe ser protegida; siendo este por un lado que es un sistema bastante pragmático, y que resulta del análisis y síntesis de lo que en gran parte ya se hace para redefinir la relación de trabajo jurídicamente protegida en el Reino Unido; por lo que realmente no es una propuesta, sino una destilación de un sistema a partir del estudio de la aplicación práctica del Derecho.
64. El sistema de protección multinivel y organizado a diferencia de muchos de los sistemas que sugieren la posibilidad de una un régimen laboral extensivo, establece un paradigma central de aquella relación de trabajo que debe ser protegida, misma que claramente va más allá de una relación meramente contractual. Así, se establece que la relación relevante para el Derecho del Trabajo debe ser una relación para la prestación de servicios personales, pero no es el único indicador para determinar la aplicación del régimen laboral. Más allá del paradigma central, el sistema permite que existan otros regímenes que en cada caso particular superen los derechos contenidos por la relación de trabajo central



protegida. En esta medida es un sistema más organizado, pero que de todas formas no sistematiza como se organizarán aquellas relaciones que vayan más allá del paradigma central, las cuales quedan bastante dispersas y sin un mecanismo de conceptualización, lo cual impide una aplicación eficiente y sencilla del sistema; aunque claramente sí presenta una mejora si se compara con la mayoría de propuestas que sugieren un Derecho del Trabajo más allá de la división binaria.

65. En general, el mayor aporte que hacen las propuestas que desconocen la división binaria para la redefinición de la relación de trabajo protegida, es demostrar que es posible el Derecho del Trabajo, más allá de la sola regulación del trabajo subordinado.
66. Las propuestas que desconocen la división binaria para la determinación de la relación de trabajo protegida, al ser fundamentalmente teóricas, fallan en cuanto a precisar cual serán el mecanismo fáctico preciso y detallado que permita una aplicación realista de los sistemas que proponen de tal manera que una evidente evolución de las mismas parte de precisar cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida a partir de estas tendencias.
67. El presente trabajo de investigación como una evolución lógica de las principales tendencias para la redefinición de la relación de trabajo, tiene como finalidad llegar a proponer, de una manera bastante específica, más allá del solo relato de principios, cuál es la relación de trabajo que dentro de un nuevo Derecho Laboral debe ser aquella tutelada.
68. La redefinición de la relación de trabajo debe considerar que la razón de ser del Derecho del Trabajo es la corrección de desequilibrios que se producen en las relaciones que existen por la prestación de servicios, en esta medida, la redefinición que se plantea se hace en cuanto permita una mejor rectificación de los desequilibrios que se manifiesten en la relación de trabajo, más allá de otras consideraciones políticas, ideológicas o morales que puedan intentarse sobre el tema. .

69. La protección que el Derecho del Trabajo debe conferir no necesariamente es una protección mínima, ni amplia, desde una perspectiva subjetiva sino que debe fijar como indisponibles aquellas condiciones que se consideren vitales para la existencia de un mercado de trabajo que no presente distorsiones, donde se garantice que el trabajador no provea su trabajo bajo circunstancias que puedan considerarse como abusivas; para lo cual, el Derecho del Trabajo debe establecer una condiciones objetivas de que es aquello que no puede negociarse dentro de la relación de trabajo. Por encima de estas condiciones no disponibles, se tendrá que aplicar la libre negociación, por otra parte.
70. No solo la relación de trabajo subordinada puede entenderse como una relación en desequilibrio, ni tampoco toda relación de trabajo autónomo puede suponerse como una relación que parte de la igualdad contractual; la existencia de desequilibrio que amerite la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, puede producirse más allá de las presunciones clásicas de la división binaria del Derecho del Trabajo.
71. La redefinición de la relación de trabajo que se plantea, se hace desde la creación de una paradigma central que es aquel que servirá para determinar cuál es la relación de trabajo que debe ser protegida, ya que se considera que este es el mecanismo más útil para poder analizar de manera general, amplia y sencilla, es el régimen que debe aplicarse a una relación de trabajo determinada. Así pues, para saber qué régimen debe aplicarse, basta con la subsunción de la relación de trabajo que se analiza, al paradigma central, de manera que se encuentra un mecanismo más predecible e inteligible para determinar el régimen aplicable a una relación de trabajo.
72. El paradigma central que se propone, debe solucionar los principales yerros en que ha incurrido la idea central para la determinación de la relación de trabajo clásica. Esto significa que no puede ser una idea rígida, donde si una relación de trabajo se somete a la misma se genera toda la protección, y si la relación no encaja en su descripción, se genera total abandono. El paradigma central, más

que un elemento para la exclusión de protección, debe convertirse en un mecanismo que determine cuál es la protección más adecuada.

73. En virtud del paradigma central para la redefinición de la relación de trabajo, se determina que debe protegerse toda relación para la prestación de servicios independientemente de que esta se presente como un contrato o no; basta con que exista relación de trabajo para que haya la necesidad de protección, si la misma se encuentra en desequilibrio. Ahora, una vez que exista una relación, se asumirá que esta relación es un contrato; de manera tal que esta presunción permita aplicar el régimen de interpretación de los contratos a esta relación en todo lo que no esté previsto por el ordenamiento laboral, cosa que permite integrar a la normativa laboral, todo el desarrollo en materia civil, en todo aquello que no contravenga el desarrollo propia del Derecho del Trabajo.
74. Específicamente, la relación de trabajo que debe ser relevante para el Derecho Laboral es una relación que supone primordialmente la prestación de servicios, donde por una parte será empleador todo aquel que ordene la ejecución del trabajo y por otra será trabajador la persona natural que preste el servicio.
75. La relación de trabajo a proteger por el Derecho Laboral, a su vez. será una relación que como elementos para su configuración, presente el hecho de suponer la prestación de un servicio, que debe prestarse a título oneroso y donde debe existir un desequilibrio. Siendo estos los requisitos indispensables para que exista una relación de trabajo que deba ser protegida por el Derecho del Trabajo, de tal manera, que si estos no aparecen no habrá posibilidad alguna de que se aplique su protección.
76. Desde la nueva definición de la relación de trabajo que se propone, la personalidad no se considera un elemento para la existencia de la relación de trabajo protegida; simplemente es un indicio de desequilibrio que permite suponer que el mismo puede existir pero que admite prueba en contra.

77. De igual forma, de acuerdo a la definición de la relación de trabajo que se propone la personalidad como indicio de desequilibrio, para que se configure exige que el trabajador no haya formado una organización empresarial que determine que tiene un poder de negociación contractual asimilable a cualquier agente de mercado-.
78. La dependencia tiene que utilizarse como otro indicio de desequilibrio, que bien puede ser discutido si en realidad se demuestra que no existe desequilibrio dentro de la relación de trabajo. La dependencia, en cualquier caso, tendrá que ser asumida desde su concepto amplio; es decir no solamente como un sinónimo de subordinación, sino como la existencia de cualquier sometimiento creado por la relación de trabajo para la prestación de un servicio oneroso.
79. Para determinar, entonces, si una relación de trabajo debe ser protegida, además de analizar si existe una relación y si esta supone la prestación de un servicio oneroso, el elemento diferenciador deberá ser la confirmación de la existencia de desequilibrio, ya que este es el fallo central que busca corregirse mediante el Derecho del Trabajo.
80. No puede existir ninguna relación ya sea e autónoma, dependiente, o cualquier otra que se si se considera dentro del paradigma central, pueda negociarse por debajo de los valores que el ordenamiento laboral ha considera como aceptables. Todas las relaciones que se encuentren por debajo de esta base, deberán considerarse en desequilibrio extremo y sus condiciones automáticamente deberán homologarse a los básicos previstos por el Derecho Laboral, que en el Ecuador se encuentran previstos en el Código de Trabajo.
81. Las relaciones que cumplan con las prestaciones base previstas por el Derecho del Trabajo, aunque observan esa normativa, se entenderán en desequilibrio en la medida en que aún se encuentren claramente cerca de los bases indispensables que el Derecho del Trabajo establece; por lo que aún requieren de toda la

protección que el Derecho Laboral pueda conferir, lo que incluye la aplicación del régimen laboral, y en especial aquellos beneficios de la legislación laboral que presentan ventajas no prestacionales, tales como el beneficio de irrenunciabilidad de derechos, la intangibilidad, o el indebido pro operario.

82. Solamente se considerarán como relaciones que no se encuentran en desequilibrio aquellas que, pese a cumplir con los demás elementos para que se genere protección, supongan la existencia de unos ingresos claramente superiores a los básicos que permitan concluir que las partes en la negociación y especialmente el trabajador, tiene un poder de negociación que determina la inexistencia de desequilibrio; y que por ende hace innecesario que deba aplicarse el régimen corrector propio del Derecho del Trabajo. Cada Estado deberá determinar cuáles son esos ingresos claramente superiores que hagan que una relación de trabajo ya no se encuentre en desequilibrio.

83. Los indicios de laboralidad tales como la dependencia y la personalidad, determinan que deba aplicarse automáticamente el régimen laboral; de todas formas esto no significa que no pueda discutirse la existencia o no de desequilibrio, que es el elemento de fondo para determinar protección. En esta medida, aunque se configuren los indicios de laboralidad y se aplique el régimen laboral, las partes pueden solicitar el análisis de la relación tanto en su negociación como en su ejecución para que se determine si en efecto existe una relación de desequilibrio que justifique la aplicación del Derecho del Trabajo. De esta manera, existe un procedimiento de escape de la normativa laboral cuando objetivamente la relación de trabajo no presente la existencia de desequilibrio.

84. Sin importar si la relación de trabajo es autónoma o bajo dependencia, siempre que se configuren los elementos para que se proteja esta –lo que incluye fundamentalmente la existencia de desequilibrio– deberá existir protección; lo que resta relevancia a la división binaria prevista por el Derecho del Trabajo clásicamente.

85. Los trabajadores autónomos temporales, que por la naturaleza de su prestación ejecuten servicios que se presten a muchos beneficiarios, donde resulta de difícil aplicación derechos laborales concebidos para las relaciones de trabajo fundamentalmente estables, deberán gozar de toda la protección de los demás trabajadores en general; para lo cual deberá liquidarse el valor de estos derechos económicamente y fijarse un valor por hora, que deban recibir al menos los trabajadores autónomos temporales; de manera que al menos en lo económico se asegure el cumplimiento de todos sus derechos laborales.
86. La redefinición de la relación de trabajo pretende regular todas las relaciones de laborales que presenten un desequilibrio, de forma que si existe una huida más allá de la regulación, no permita la desprotección de relaciones que deben estar protegidas por el Derecho del Trabajo; sino que dirija esa huida hacia relaciones de trabajo en equilibrio que razonablemente no requieran de la protección del Derecho del Trabajo. Las cuales para que se consideren en equilibrio deben determinar la existencia de un ingreso que se entiende es claramente superior que el básico previsto por esta rama del Derecho

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **A. Libros y revistas**

- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n° 28, págs. 495-544.
- ALBORS-LLORENS, ALBERTINA. *EC Competition Law and Policy*. Cullumpton (Devon): Willan Publishing, 2002.
- ALBURQUERQUE, RAFAEL. *¿Se desploma el Derecho del Trabajo?*, en: KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA; PUIG HERNÁNDEZ, CARLOS. *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- ALBURQUERQUE, RAFAEL. *Derecho del trabajo: introducción, los sujetos del Derecho del Trabajo*. Tomo I, Santo Domingo (República Dominicana): Editora Lozano, 1995.
- ALFONSO MELLADO, CARLOS. Globalización y Relaciones Laborales: la individualización. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pág.5.
- ALFONSO MELLADO, CARLOS. Crisis y Flexibilidad laboral. *Estudios de la Fundación*, núm. 31, Mayo 2010, pág. 3.
- ALFONSO MELLADO, CARLOS. Derecho del trabajo: referentes constitucionales e internacionales. *Estudios de la Fundación*, núm. 75, Octubre 2013.
- ALFONSO MELLADO, CARLOS; BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO; BLASCO PELLICER, ÁNGEL; [et. al.]. *Derecho del trabajo*. 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- ALONSO OLEA, MANUEL; CASAS BAAMONDE, MA. EMILIA. *Derecho del trabajo*. 22ª edición, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

- ALONSO OLEA, MANUEL. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. *La Construcción jurídica del contrato de trabajo*. Granada: Comares, 2011.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, ISIDORO. *Diccionario jurídico-laboral*. 2ª edición, Madrid: Civitas, 1987.
- ARTHURS, HARRY. *What Immortal Hand or Eye? - Who will redraw the Boundaries of Labour Law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- AUBERT-MONPEYSEN, THERESE. *Subordination juridique et relation du travail*, Toulouse-Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1988.
- AA.VV. *Propuesta para la reactivación laboral en España*, 2009, véase: [http://www.crisis09.es/propuesta/?page\\_id=37](http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=37).
- BALLESTER, MARÍA AMPARO. *La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales*. En: *XXII Congreso Nacional de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián: 2012.
- BARASSI, LODOVICO. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milán: Società editrice librería, 1901.
- BARBAGELATA, HÉCTOR-HUGO. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaborista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- BARNARD, CATHERINE. *EC Employment Law*. 3ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BARNARD, CATHERINE; DEAKIN, SIMON; MORRIS, GILLIAN. *The future of labour law*. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004.
- BAYLOS, ANTONIO. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- BAYLOS GRAU, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA SCHWARZ, RODRIGO (COORD.). *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad*



- social*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- BELL, ANDREW. *Employment Law*. 4ª edición, Londres: Sweet & Maxwell, 2009.
  - BENJAMIN, PAUL. *Beyond the boundaries: Prospects for expanding labour market regulation in South Africa*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
  - BERCUSSON, BRIAN (EDIT.); ESTLUND, CYNTHIA (EDIT.). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007.
  - BIAGI, MARCO; TIRABOSCHI, MICHELE. *Istituzioni di diritto del lavoro*. 3ª edición, Milán: Giuffrè, 2004.
  - BITNER, MARY JO; FISK, RAYMOND; BROWN, STEPHEN. Tracking the evolution of the services marketing literature. *Journal of Retailing*, 1993, vol. 69, n° 1, págs. 61-103.
  - BLANCH RIBAS, JOSEP M. (COORD.); ESPUNY, MA. JESÚS; GALA DURÁN, CAROLINA; MARTÍN ARTILES, ANTONIO. *Teoría de las relaciones laborales. Desafíos*. Barcelona: Editorial UOC, 2003.
  - BLANPLAIN, ROGER; ENGELS, CHRIS. *European labour law*. 12ª edición, Austin: Wolters Kluwer, 2010.
  - BLANPLAIN, ROGER; AARON, BENJAMIN. *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*. 4ª edición, Boston: Wolters Kluwer Law, 1990.
  - BLANPLAIN, RO; BISOM-RAPP, SUSAN; CORBETT, WILLIAM; JOSEPHS, HILARY; ZIMMER, MICHAEL. *The Global Workplace: international and comparative employment law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
  - BOISSONNAT, JEAN. Travailler autrement. *Les cahiers millenaire 3*, núm 6, 1998, pág. 5.
  - BORRAJO DACRUZ, EFREN. *Introducción al Derecho Español de Trabajo*. 21ª edición, Madrid: Tecnos, 2012.
  - BOZA PRO, GUILLERMO. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

- BRAVO MORENO, RUBÉN. *Temas laborales y judiciales*. Cuenca (Ecuador): Universidad Católica de Cuenca, 2010.
- BRONSTEIN, ARTURO. *Derecho internacional y comparado del trabajo: desafíos actuales*. Madrid: Plaza y Valdés, 2010.
- BRONSTEIN, ARTURO. *International and comparative labour law. Current challenges*. Gran Bretaña: Palgrave Macmillan, 2009.
- BUSTAMANTE FUENTES, COLÓN. *Manual de Derecho Laboral: el contrato individual de trabajo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I, 4ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- CABAZOS, BALTASAR. *40 Lecciones de Derecho Laboral*. 9ª edición, México: Trillas, 2004.
- CAHUC, PIERRE; KRAMARZ, FRANCIS. *De la precarité á la Mobilité: Vers une sécurité Sociale Professionnelle*, Paris : La Documentation française, 2005.
- CAMPS RUIZ, LUIS; RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, SALA FRANCO, TOMÁS. *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CARINCI, FRANCO; DE LUCA, RAFFAELE; TOSI, PAOLO; TREU, TIZIANO, *Diritto del lavoro 2: il rapporto di lavoro subordinato*, 5ª edición, Torino: UTET, 2006.
- CARRETERO MIRAMAR, JOSÉ. *La imparable crisis del Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- CARULLO, VINCENZO. *Studi in memoria di Ludovico Barassi*. Milán: Giuffrè, 1966.
- CARVAJAL FLOR, PAÚL. *Fallos reiterados de la Corte Suprema de Justicia*. Riobamba-Ecuador: Editorial Pedagógica Freire, 1997.
- CASALE, GIUSEPPE. *Employment Relationship: A Comparative Overview*, Geneva: International Labour Office, 2011.

- CASALE, GIUSEPPE; PERULLI, ADALBERTO. *Towards the single employment contract: comparative reflections*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2014.
- CHÁVEZ DE BARRERA, NELLY. *Manual de Derecho Laboral para trabajadores sociales*. Quito: Editorial Universitaria, Universidad Central del Ecuador, 1985.
- CLAVERO ARÉVALO, MANUEL; DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Madrid: Civitas, 1996.
- CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999.
- CÓRDOVA, EFRÉN. *El papel de la industrialización y el principio de la subordinación en la evolución de la legislación laboral*. México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana, 1997.
- CÓRDOVA, EFRÉN. El papel de la industrialización y el principio de la subordinación. *Gaceta Laboral*, vol. 3, núm. 2, 1997, págs. 18-20.
- CÓRDOVA, EFRÉN. *Naturaleza y elementos del contrato de trabajo*, en DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (COORD.); MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD.). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- CORRADETTI, SUSANA (EDIT.); HERRERA, JOSÉ ROBERTO (EDIT.); VALDÉS, GERMÁN (EDIT.); JARAMILLO, IVÁN DANIEL (EDIT.). *Globalización. El cambio del Derecho del trabajo: de un Derecho de frontera a un Derecho de fronteras. Liber amicorum en homenaje a Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.
- CORREA CARRASCO, MANUEL. Derecho del trabajo y responsabilidad social empresarial ante los retos de la globalización. *Civitas: Revista Española De Derecho Del Trabajo*, 2012, no. 154, págs.49-88.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 5ª edición, Madrid: Tecnos,

2012.

- CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, en AAVV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999, págs. 175-179.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS. *Libre competencia y relaciones laborales*, en: BAYLOS GRAU, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA SCHWARZ, RODRIGO (COORD.). *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS. *Trabajador autónomo económicamente dependiente*, en: BAYLOS GRAU, ANTONIO (COORD.); FLORENCIO, CANDY (COORD.); GARCÍA SCHWARZ, RODRIGO (COORD.). *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2014.
- DÁVALOS, JOSÉ. *Derecho Individual del Trabajo*. 18ª edición, México: Porrúa, 2009.
- DAVIES, ANNE. *Perspectives on labour law*. 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- DAVIDOV, GUY; LANGILLE BRIAN. *Boundaries and frontiers of labour law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- DEAKIN, SIMON. *The comparative evolution of the employment relationship*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- DEAKIN, SIMON. *Timing is everything: Industrialization, Legal Origin, and the Evolution of the Contract of Employment in Britain and Continental Europe*, En: BERCUSSON, BRIAN; ESTLUND, CYNTHIA (EDITORES). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007.
- DE BUEN LOZANO, NÉSTOR. *Derecho del Trabajo I*. 20ª edición, México: Porrúa, 2011.
- DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (COORD.); MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD.). *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional

- Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- DE DIEGO, JULIÁN ARTURO. *Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª edición, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.
  - DE FERRARI, FRANCISCO. *Derecho del Trabajo*. Vol. 1, 2ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1968.
  - DE LA CUEVA, MARIO. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*. Tomos I y II, México D.F.: Porrúa, 1972.
  - DE LA GARZA, ENRIQUE (COORD.). *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
  - DE PAIVA PINKE RIBEIRO, ANA LÚCIA. *Contrato internacional de trabalho: transferência de empregados*. Sao Paulo: Saraiva, 2010.
  - DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO, FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE VALENCIA. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Volumen II, Valencia: Departamento de Derecho del Trabajo, 1982.
  - DESPAX, MICHEL; ROJOT, JACQUESAND; LABORDE, JEAN-PIERRE. *Labour Law in France*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
  - DURAND, PAUL. *Traité de droit du travail*. Tomo II, París: Dalloz, 1950.
  - DURAND, PAUL. Naissance d'un droit nouveau: du droit du travail au droit de l'activité professionnelle. *Droit Social*, julio-agosto de 1952.
  - EGAS PEÑA, JORGE. *El empleo, la estabilidad y las limitaciones a la libertad de contratación*. Quito: Aportes N° 11, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), Fundación Friedrich Ebert Ecuador, 1989, págs. 16-17.
  - ESTLUND, CYNTHIA. *Rebuilding the law of the workplace in an ERA of Self Regulation*, en: BERCUSSON, BRIAN (EDIT.); ESTLUND, CYNTHIA (EDIT.). *Regulating labour in the wake of globalisation: new challenges, new institutions*, Portland: Hart Publishing, 2007.
  - EWET, JOACHIM; HAMMAN, JOHANN. Why paternalism survives: globalization, democratization and labour on South African wine farms. *Sociologia Ruralis*, 1999, vol.

39, n°2, págs. 202-221.

- FERNÁNDEZ MARCOS, LEODEGARIO. *Derecho individual del trabajo*. 3ª edición, Madrid: UNED, 2011.
- FERREIRA, CESARINO. *Naturaleza jurídica do contrato individual do trabalho*. Río de Janeiro: Coelho Branco, 1938.
- FISCHER, NICOLE; THIEL JULIANE. *Arbeitsrechtformen im Überblick*, en: SCHRAMM, FLORIAN (EDIT.); ZACHERT, ULRICH (EDIT.). *Arbeitsrecht – Personalpolitik – Wirklichkeit. Eine empirische Analyse zur betrieblichen Umsetzung von Arbeitsrechtsreformen*, Baden-Baden: Nomos, 2005.
- FREEDLAND, MARK. *The personal employment contract*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- FREEDLAND, MARK; KOUNTOURIS NICOLA. *The legal construction of personal work relations*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GAROFALO, MARIO GIOVANNI. *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, en VVAA. *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*. 2 vol., Bari: Cacucci Editore, 1999.
- GHERA, EDOARDO. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci Editore, 1979.
- GHEZZI, GIORGIO. *La disciplina del mercato di lavoro*. Roma: Ediesse, 1996.
- GOLDÍN, ADRIÁN. *Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006
- GOLDÍN, ADRIÁN. *El Derecho del trabajo*, Buenos Aires: EDIAR, 2014.
- GOLDMAN, ALVIN; CORRADA, ROBERTO. *Labour Law in the USA*. 3ª edición revisada, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- GOMES, JULIO. *Labour Law in Portugal*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- GOMES, ORLANDO; GOTTSCHALK, ELSON. *Curso de direito do trabalho*. 5ª edición, Rio de Janeiro: Forense, 1972.

- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JOSÉ; LÓPEZ ORTEGA, JOSÉ MARÍA; GONZÁLEZ MOLINA, MARÍA DOLORES. *Curso de Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2001.
- GORBACHEVERA, ZHANNA. *Labour law in Russia*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- GUERRERO FIGUEROA, GUILLERMO. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Bogotá: Temis, 1980.
- GUALDA ALCALÁ, FRANCISCO. El nuevo “contrato único”, más precariedad, dualización y pérdida de derechos laborales. *Cuadernos de la fundación*, núm 1, 2009.
- GUERRERO FIGUEROA, GUILLERMO. *Contenido del contrato de trabajo: obligaciones de las partes*, en DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (COORD.); MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD.). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- HARDY, STEPHEN. *Labour law in Great Britain*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LAURA. *Comercialización internacional de los servicios en México: marco jurídico*. México: McGraw-Hill Professional Publishing, 1998.
- HERNÁNDEZ RUEDA, LUPO. *Poder de dirección del empleador*; en DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (COORD.); MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD.). *Instituciones de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- HUMERES MAGNAN, HÉCTOR; HUMERES NOGUER, HÉCTOR. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 12ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988.

- HYDE, ALAN. *What is labour law?* Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- JARAMILLO JASSIR, IVÁN. *Del Derecho Laboral Al Derecho del Trabajo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2011.
- JAVILLIER, JEAN CLAUDE. *The employer and the worker: The need for a comparative and international perspective*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- JAVILLIER, JEAN-CLAUDE. *Derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
- KAHN-FREUND, OTTO. The Impact of Constitutions on Labour Law. *Cambridge Labour Journal*, vol. 35, núm. 2, 1976, págs. 240 270.
- KAHN-FREUND, OTTO. A Note on Status and Contract in British Law. *The modern Law Review*, vol. 30, núm. 6, 1967, p. 635.
- KIRCHNER, JENS; KREMP, PASCAL; MAGOTSCH MICHAEL. *Key aspects of German employment and labour law*, Frankfurt: Springer, 2010.
- KOLLONAY LEHOCZKY, CSILLA. *Ways and Effects of Deconstructing Protection in the Post-socialists New Member Status-based on Hungarian Experience*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- KOUNTOURIS, NICOLA. *Employment Relationship: A Comparative Overview*. Washington: International Labour Office, 2011.
- KOUNTOURIS, NICOLA. *The employment relationship: a comparative analysis of National Judicial Approach*; en CASALE, GIUSEPPE. *In the employment relationship: a comparative overview*. Geneva: International Labour Organization, 2011.
- KOUNTOURIS, NICOLA. *The changing law of the employment relationship. Comparative Analyses in the European context*. Aldershot: Ashgate, 2007.
- KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA (COORD.). *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* México: Universidad Autónoma de México, 2003.
- KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA (COORD.); PUIG HERNÁNDEZ, CARLOS (COORD.).



- Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- LAMBELHO, ANA. *Rethinking the boundaries of labour law regarding the need of regulation of independent work*. Leiria (Portugal): Escola Superior de Tecnologia e Gestaõ, Instituto Politecnico de Leiria, 2013.
  - LANGILLE, BRIAN. *Labour Law's Back Pages*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
  - LARREA SANTOS, RAMIRO. *Intervención en el seminario conmemorativo de los 50 años del Código del Trabajo*. Aportes N° 11, Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Fundación Friedrich Ebert Ecuador, 1989.
  - LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Estudios de doctrina jurídica y social*, Barcelona: Bosch, 1940.
  - LETAMENDIA, FRANCISCO. *Estructura política del mundo de trabajo: fordismo y postfordismo*. Madrid: Tecnos, 2009.
  - LEVITT THEODORE. Marketing intangible products and product intangibles. *Harvard Business Review*, Mayo 1981, págs. 94-102.
  - LÓPEZ GANDÍA, JUAN. Crisis económica y empleo. *Cuadernos de la Fundación*, núm. 1, Mayo 2009, pág. 12.
  - LLOBERA VILA, MIREIA. El vigente proceso de mutación constitucional evolución y situación actual. *Publicaciones de la Fundación 1º de Mayo*, Junio 2012, pág. 5.
  - LLOBERA VILA, MIREIA. El éxtasis desregulador. *Le monde diplomatique en español*, núm. 204, 2012, págs. 2-3.
  - LOVELOCK, CHRISTOPHER. *Services Marketing*. 2ª edición, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 1991
  - MARTÍN PUEBLA, EDUARDO. *El trabajo autónomo económicamente dependiente*.

Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

- MARTÍN VALVERDE, ANTONIO. Fronteras y zonas grises del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.
- MARTÍN VALVERDE, ANTONIO; RODRÍGUEZ, FERMÍN; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. *Derecho Del Trabajo*. 21ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS; ARUFE VARELA, ALBERTO. *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, Europeo y Norteamericano, del Trabajo y De La Seguridad Social*. La Coruña: Netbiblo, 2007.
- MARTÍNEZ, GIRÓN, JESÚS; ARUFE VARELA, ALBERTO. *Leyes Laborales alemanas: estudio comparado y traducción castellana*. La Coruña: Netbiblo, 2007.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO. *El trabajador sujeto de un contrato de trabajo común u ordinario*, en DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (COORD.); MORGADO VALENZUELA, EMILIO (COORD). *Instituciones de Derecho del trabajo y de la seguridad social*. México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- MARTINS CATHARINO, JOSÉ. *Compendio universitario de direito do trabalho*. Tomo I, São Paulo: Editora jurídica e universitária, 1972.
- MARIUCCI, LUIGI. Quella trappola chiamata “contratto unico”. *L’Unità*, 5 de enero de 2012.
- MERCADER UGUINA, JESÚS. *Lecciones de Derecho del trabajo*. 5ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- MOELLER, SABINE. Characteristics of services –a new approach uncovers their value. *Journal of Services Marketing*, vol. 24, nº5, 2009, pág. 362.
- MOLERO MANGLANO, CARLOS. *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1990.

- MOLERO MANGLANO, CARLOS; SÁNCHEZ-CERVERA, JOSÉ; LÓPEZ ÁLVAREZ, MA. JOSÉ; MATORRAS, ANA. *Manual de Derecho del Trabajo*. 12ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- MONEREO, JOSÉ LUIS; MORENO, MARÍA NIEVES; MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO; ALMENDROS, MIGUEL ÁNGEL; DÍAZ, MARÍA TERESA; FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO; SALAS, MARÍA. *Manual de teoría de las relaciones laborales*. Madrid: Tecnos, 2011.
- MONESTEROLO LENCIONI, GRACIELA. *Instituciones de Derecho Laboral individual: herramientas didácticas*. 2ª edición, Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2007.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del Trabajo y crisis económica*. Bogotá: Temis, 1990.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del Trabajo*. 33ª edición, Madrid: Tecnos, 2012.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, en CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Tecnos, 1999.
- MORALES RAMÍREZ, MA. ASCENCIÓN. *La desformalización interna del contrato de trabajo en México*; en KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA (COORD.) *¿Hacia un nuevo Derecho del Trabajo?* México: Universidad Autónoma de México, 2003.
- NAZATI, IVÁN L. *Gerente: trabajador o mandatario en el Derecho Ecuatoriano*. Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1980.
- NICOLALDE LEÓN, MARCO. *Naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo en el Derecho Ecuatoriano*. Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1966.

- OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS RELACIONES INDUSTRIALES. *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*. 2002.
- OIT. *Informe de la Comisión de la Relación de Trabajo*, Actas Provisionales No. 21, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Sesión, Ginebra, 2003.
- OIT, *El ámbito de la relación del trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003.
- OIT. *La relación de Trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006.
- OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del Derecho del trabajo*. Vizcaya: La Ley, 2010.
- ONKVISIT, SAK; SHAW, JOHN. Is service Marketing “Really” Different? *Journal of Professional Services Marketing*, vol. 7, nº2, 1991, págs. 3-17.
- ORDOÑEZ DONOSO, VERÓNICA. *Hacia una mayor flexibilización de las relaciones de trabajo en el Derecho Laboral Ecuatoriano*. Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2003.
- ORDOÑEZ SOLÍS, DAVID. *El Cosmopolitismo judicial en una sociedad global: globalización, Derecho y jueces*. Cizur Menor (Navarra): Thompson-Civitas, 2008.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª edición, Bogotá: Temis, 2009.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL. Las transformaciones del Derecho del Trabajo. *Análisis Laboral*, Marzo 2014.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL; ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. *Derecho del trabajo*. 20ª edición, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL; MORGADO PANADERO, PURIFICACIÓN (COORD.). *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi, 2010.

- PEDRAZZOLI, MARCELLO. Dai lavori autonomi ai lavori subordinati. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriale*, n. 79, 1998.
- PÉREZ, BENITO. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1983.
- PÉREZ INFANTE, JOSÉ IGNACIO (DIR.); RUESGA, SANTOS, (DIR.); VALDÉS DAL RÉ, FERNANDO (DIR.). *Relaciones laborales en la crisis: España 2011*. Madrid: Fundación Ortega Marañón: Cinca, 2012.
- PESKINE, ELSA; WOLMARK, CYRIL. *Droit du travail*. 7ª edición, Paris: Dalloz, 2012.
- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. *Curso de Derecho Laboral: contratos de trabajo*. Tomo II, Vol. I, Montevideo: Acali, 1978.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.
- POLICASTRO, PASQUALE. La dignidad de la persona y los principios constitucionales en la época de la globalización. *Revista persona y Derecho*, n° 64, 2011, págs. 175-206.
- RAMÍREZ, LUIS ENRIQUE (COORD.). *Derecho del Trabajo y derechos humanos*. Buenos Aires: B de F, 2008.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN (DIRECTOR). *Curso de Derecho del Trabajo: fuentes, derecho sindical, contrato de trabajo, seguridad social, proceso laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. *Derecho del Trabajo, teoría general I*, 2ª edición, Lima: Grijley, 2007.
- REVET, THIERRY. *L'ordre public à la fin du XXème siècle*. Paris: Dalloz, 1996.
- RIFKIN, JEREMY. *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1996.
- RIOFRIO TERÁN, LUIS. *El trabajo en el Ecuador: desarrollo histórico en la Constitución*. Babahoyo (Ecuador): Editorial Jurídica L y L, 2011.

- RIVA SANSEVERINO, LUISA. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª edición, São Paulo: LTr, 1976.
- ROBALINO BOLLE, ISABEL. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3ª edición, Quito: Fundación Antonio Quevedo, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO; BRAVO-FERRER, MIGUEL. *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*. En AAVV. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, MA. JOSÉ; GORELLI, JUAN; VÍLCHEZ, MAXIMILIANO. *Sistema de Seguridad Social*. 11ª edición, Madrid: Tecnos, 2009.
- ROTONDI, FRANCESCO. *Corso di diritto del lavoro*. 2ª edición, Padua: CEDAM, 2006.
- RUSSOMANO, MOZART VÍCTOR. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1972.
- SALA FRANCO, TOMÁS; LÓPEZ MORA, FEDERICO. *Contrato de trabajo*, en: BORRAJO DACRUZ, EFRÉN (DIREC.). *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, Madrid: Edersa, 1990.
- SALGADO, FRANCISCO. *El contrato individual de trabajo en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Editorial Universitaria, 1961.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *Las transformaciones del Derecho del trabajo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, ALFREDO. *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?;* en: KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA (COORD.); PUIG HERNÁNDEZ, CARLOS. (COORD.). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- SANCHÍS, ENRIC. *Trabajo y paro en la sociedad postindustrial*. Madrid: Consejo

Económico y Social España, 2008.

- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO. *Variazioni sul contratto di opera*, en CARULLO, VINCENZO. *Studi in memoria di Ludovico Barassi*. Milán: Giuffrè, 1966.
- SARGEANT, MALCOLM; LEWIS, DAVID. *Employment Law*. 5ª edición, Dorchester (Inglaterra): Pearson Education Limited, 2010.
- SCELLE, GEORGES. *Le Droit Ouvrier*. Paris: Armand Colin, 1922.
- SERVAIS, JEAN-MICHEL. *Derecho internacional del trabajo*, Heliasta: Buenos Aires, 2011.
- SIEDER, RACHEL. 'Emancipation' or 'Regulation'? Law, globalization and indigenous peoples' rights in post-war Guatemala. *Economy and Society*, , vol. 40, n° 2, Mayo 2011 págs. 239-265.
- SILVANA, SCIARRA. *National and European Public Policy: the goals of Labour Law*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- SINZHEIMER, HUGO. *La esencia del Derecho del Trabajo*, en INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALS Y DE SEGURIDAD SOCIAL. *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, Madrid: IELSS, 1984.
- STONE, KATHERINE. *Rethinking Labour Law: Employment Protection for Boundaryless Workers*. Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- SUPIOT, ALAIN. *Crítica al Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- SUPIOT, ALAIN. Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa. *Revista Intencional del Trabajo*, vol. 118, núm 1, 1999, pág. 36.
- SUPIOT, ALAIN. The Dogmatic Foundations of the Market. *International Law Journal*, Vol. 29, No. 4, 2000, pág. 343.
- TAFT, PHILIP. *Problemas económicos del trabajo*. México: Editorial Intercontinental, 1959.

- TAPIA HERMIDA, ANTONIO. Grupos de sociedades mercantiles y transmisiones de empresas. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social*. n° 334, 2011, págs. 159-206.
- TARCHER, JEREMY. *The end of the work*. Nueva York: Putnam's Sons, 1996.
- THAYER, WILLIAM; NOVOA, PATRICIO. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo II, 2ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1979.
- THOMAS, ROBERT. *L'entreprise partagée? une pratique différente des relations sociales*. Paris: Maxima Laurent du Mesnil Éditeur, 1999.
- TINAJERO VILLAMAR, FRANCISCO. *Situación del trabajador autónomo en la legislación ecuatoriana*. Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1958.
- TOFFLER, ALVIN. *El cambio en el poder*. 3ª edición, Barcelona: Plaza y Janés, 1995.
- TREBLICOCK, ANNE. *Using Development Approaches to Address the Challenge of the Informal Economy for Labour Law*, Worcester Place Oxford: Hart Publishing, 2006.
- TREU, TIZIANO. *Labour Law in Italy*. 3ª edición revisada. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- TRUEBA URBINA, ALFONSO. *Derecho del Trabajo*. 5ª edición, México: Porrúa, 1980.
- TRUJILLO, JULIO CÉSAR, *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Quito: Centro de publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008.
- VALENCIA, HUGO. *Legislación Ecuatoriana del Trabajo*. Quito: Editorial Universitaria, 1979.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, JORGE. *Derecho Laboral Ecuatoriano: Derecho individual*. 2ª edición, Quito: Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2009.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo



- I, 8ª edición, Buenos Aires: Astrea, 1999.
- VELA MONSALVE, CARLOS. *Derecho Ecuatoriano del Trabajo*, Quito: Editorial La Unión C.A., 1995.
  - VELASCO PORTERO, MARÍA TERESA; FRÖLICH. MARTÍN. El trabajador económicamente dependiente en el Derecho alemán: el cuasitrabajador. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 111, 2011, pág.124.
  - VENEZIANI, BRUNO,. *The new labor force*, en BLANPLAIN, ROGER; AARON, BENJAMIN. *Comparative Labour Law and industrial relations in industrialized market economies*. 4ª edición, Boston: Wolters Kluwer Law, 1990.
  - VERGE, PIERRE. Globalization and the future of Labour Law. *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 62, n° 3, Jul 2007,págs. 571-573
  - VETTORI STELLA. *The employment contract and the changed world of work*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007.
  - VIARENGO, MARTINA. Globalization and the Future of Labour Law. *Labor History*, vol. 49, n° 3, 2008, págs. 393-394.
  - VITIELLO, ERNESTO. *Il nuovo rapporti di lavoro. Secondo la «Riforma Biagi»*. Padua: CEDAM, 2004
  - VON POTOBSKY, GERALDO. Pequeñas y medianas empresas y Derecho del Trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 119, n° 1, 1993.
  - VRANKEN, MARTIN. *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*. Melbourne: MUP Academic Monographs, 2009.
  - WANK ROLF. Diversifying Employment Patterns-the Scope of Labor Law and the Notion of Employees. *The Japan Institute for Labour Law Policy and Training*, Report No. 1, Tokyo, 2004.
  - WEDDERBURN OF CHARLTON, BILL. *The Worker and the Law*. 3ª edición, Londres: Penguin Books, 1986.

- WOLAK, RUSSELL; KALAFATIS, STAVROS; HARRIS, PATRICIA. An investigation into four characteristics of services. *Journal of Empirical Generalisations in Marketing Science*, vol. 3, 1998.
- YCAZA, PATRICIO. *Historia laboral: crónica y debate*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1995.
- ZEITHAML, VALERIA. *How consumer's evaluation processes differ between goods and services*, 1981; reimpresso en LOVELOCK, CHRISTOPHER. *Services Marketing*. 2ª edición, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 1991.
- ZEITHAML, VALERIE; PARASURAMAN A.; BERRY, LEONARD. Problems and strategies in services Marketing, *Journal of Marketing*, vol. 49, 1985, págs. 33-46.

## **B. Legislación**

### *Ecuador*

- Constitución de la Gran Colombia de 1821
- Constitución de la Gran Colombia de 1830
- Código Penal de 1837
- Código Civil de 1860
- Decreto por el que se Reglamenta el Arrendamiento de Criados y Trabajadores Asalariados de 1899
- Código General de Policía de 1904
- Reglamento Orgánico para los Empleados y Obreros que se ocupan en los Trabajos del Ferrocarril al Curaray de 1913.
- Ley por la que se Reglamentan las Horas de Trabajo de todo Empleado de 1916.
- Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo 1917
- Ley y Reglamento sobre las Indemnizaciones al Obrero o Jornalero por los Accidentes de Trabajo de 1922
- Constitución del Ecuador de 1929
- Ley sobre Contrato Individual de Trabajo de 1930
- Ley de Duración Máxima de la Jornada de Trabajo y Descanso Semanal de 1930
- Ley sobre el trabajo de mujeres, menores, y de protección a la maternidad de 1930

- Ley de Desahucio del Trabajo de 1930
- Ley sobre Responsabilidad por Accidentes de Trabajo de 1930
- Ley de Procedimiento para las Acciones Provenientes del Trabajo de 1930
- Ley de Control de Trabajo y la Desocupación de 1937
- Ley Orgánica del Trabajo de 1936
- Código del Trabajo de 1938
- Decreto Legislativo de 2 de enero de 1953
- Código del Trabajo de 1964
- Código de la Producción de 2010
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 2010

### *España*

- Estatuto de los Trabajadores de 1995
- Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007
- Ley 20/2007 de 11 de Julio.

### *Italia*

- Ley 533/1973
- Ley 276/2002

*Internacionales*

- Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre Compraventa de Mercaderías de 2010.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- C029. Convenio 029 sobre el Trabajo Forzoso de 1939.
- C098. Convenio 098 sobre sindicación y de negociación colectiva de 1949
- C100. Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951.
- CN 105. Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957
- C11. Convenio 111 Sobre la discriminación de empleo y ocupación de 1958.
- C138. Convenio 138 sobre la Edad Mínima, de 1973.
- Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999
- Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo
- Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- R198- Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

## C. Jurisprudencia

### *Ecuador*

- Expediente 293, Registro Oficial 292, 26 de Marzo del 2001.
- Expediente 338, Registro Oficial 294, 28 de Marzo del 2001.
- Expediente 285, Registro Oficial 461, 15 de Noviembre del 2004.
- Expediente 94, Registro Oficial 506, 18 de Enero del 2005.
- Expediente 60, Registro Oficial 5, 27 de Abril del 2005.
- Expediente 307, Registro Oficial Suplemento 46, 20 de Marzo del 2007.
- Expediente 821, Registro Oficial 17, 2 de Septiembre del 2009.
- Gaceta Judicial. Año XLI. Serie VI. Nro. 14. Pág. 838. (Quito, 6 de Junio de 1944)
- Gaceta Judicial. Año LIV. Serie VII. Nro. 9. Pág. 996. (Quito, 30 de Septiembre de 1949)
- Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 10. Pág. 1189. (Quito, 3 de Marzo de 1950)
- Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 13. Pág. 1581. (Quito, 8 de Diciembre de 1951)
- Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 10. Pág. 955. (Quito, 19 de Noviembre de 1955)
- Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 9. Pág. 902. (Quito, 22 de Diciembre de 1955)
- Gaceta Judicial. Año LXIX. Serie X. No. 10. Pág. 3406. (Quito, 29 de Abril de

1965)

- Gaceta Judicial. Año LXXV. Serie XI. No. 10. Pág. 1425. (Quito, 8 de Enero de 1971).
- Gaceta Judicial. Año LXXV. Serie XII. No. 3. Pág. 546. (Quito, 5 de junio de 1973).
- Gaceta Judicial. Años LXXV. Serie XII. No. 3. Pág. 644. (Quito, 26 de Junio de 1973)
- Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 6. Pág. 1170. (Quito 4 de Junio de 1974)
- Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 12. Pág. 2572. (Quito, 17 de Agosto de 1976)
- Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 15. Pág. 3432. (Quito, 20 de julio de 1977)
- Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 5. Pág. 966. (Quito, 29 de Marzo de 1979)
- Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 8. Pág. 1640. (Quito, 26 de Febrero de 1980)
- Gaceta Judicial. Año LXXX. Serie XIII. No. 9. Pág. 1876.(Quito, 28 de mayo de 1980)
- Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 2972. (Quito, 29 de octubre de 1981)
- Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 14. Pág. 3247. (Quito, 22 de abril de 1982)

- Gaceta Judicial. Año LXXXIX. Serie XV. No. 6. Pág. 1526. (Quito, 29 de junio de 1989)
- Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3. Pág. 683. (Quito, 25 de Enero de 1995).
- Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 8. Pág. 2168.(Quito, 24 de marzo de 1997)
- Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4394. (Quito, 22 de marzo de 1999)
- Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 209. (Quito, 20 de abril de 1999)
- Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. Pág. 822. (Quito, 8 de mayo de 2000)
- Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3610. (Quito, 30 de enero de 2003)
- Registro Oficial N° 997, Quito 1996, Pág. 10.

### *España*

- SCT 1 de octubre de 1980
- STS 13 enero 1981
- STS 27 abril 1981
- SCT 8 febrero 1982
- STS 14 abril 1983



- STS 20 octubre 1983
- STS 12 diciembre 1983
- SCT 6 noviembre 1984
- STS 9 mayo 1985
- STS 1 marzo y 1 julio 1986
- STS 7 julio y 7 noviembre 1986
- STS 6 mayo 1986
- STS 14 septiembre 1987
- STS 21 marzo 1989
- STS, S. 3.<sup>a</sup> (2.<sup>a</sup>), 7 junio 1989
- STS 14 noviembre 1989
- STS 22 de diciembre 1989
- STS 31 mayo 1990
- STS 14 de febrero 1991
- STSud 18 de julio 1992.
- STSud 5 de octubre 1998
- STSud 22 enero 2001
- STSud 20 de julio 2001
- STSud 25 enero 2000

- STSJ Castilla-León, Sala de lo Social 17 julio 2006, Rec. 1260/2006

#### *Gran Bretaña*

- *Nethermere v. Taverna* [1984] ICR 612. 32 *Ready Mixed Concrete v. Minister of Pensions*.
- *Yeuves vs. Noakes* (1880) 6QBD 530
- *O'kelly vs. Trusthouse Forte plc* (1983) ICR 736
- *Market Investigations v. Minister of Social Security* [1969] 2 QB 173
- *Byrne Brothers vs. Baird* (2002) IRLR 96.
- Also *James v. Redcats*. (2007) IRLR 296
- *Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [2000] 2 CMLR 667 [16]
- Case C-1/97, *Mehmet Birden v. Stadtgemeinde Bremen* [1998] ECR I-7747.
- *Instone v. Schroeder Music Publishing Co Ltd* [1974] 1 WLR 1308

#### *Unión Europea*

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea Sala 4ª, S 25-2-2010, nº C-381/2008.

#### **D. Sitios de Internet**

- [www.rae.es](http://www.rae.es)

- [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec)
- [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)
- [www.dejure.org](http://www.dejure.org)
- [www.westlaw.com](http://www.westlaw.com)
- [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)
- [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- [www.eurofound.europa.eu](http://www.eurofound.europa.eu)
- [www.crisis09.es/propuesta/?page\\_id=37](http://www.crisis09.es/propuesta/?page_id=37)
- [www.1mayo.ccoo.es/](http://www.1mayo.ccoo.es/)
- [www.ilo.org](http://www.ilo.org)
- [www.solidaridadobrera.org](http://www.solidaridadobrera.org)
- [www.cis.es](http://www.cis.es)
- [www.medelu.org](http://www.medelu.org)
- [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net)