



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

# Viabilidad del Enriquecimiento Injusto en materia Laboral

## Ecuador-España

Siboney Yolanda Baca del Pozo

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado: Derecho y Ciencia Política

Línea de investigación: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

***VIABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA  
LABORAL***

***ECUADOR-ESPAÑA***

Directores:

Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Dr. José Ignacio García Ninet

Tutora: Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

**SIBONEY YOLANDA BACA DEL POZO**

Barcelona, 2020



A Roberto y a mi papá



## **AGRADECIMIENTOS**

La elaboración de esta investigación requirió de una gran cantidad de tiempo y esfuerzo, en el que desde el momento que se planteó el tema, recibí el apoyo y las aportaciones de muchas personas que me ayudaron en mi formación, preparación y estudio, a quienes quisiera dedicar este agradecimiento.

En este sentido, no tengo palabras para agradecer el ánimo y la paciencia de la Dra. Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, por asumir el compromiso de guiarme y asesorarme como directora y tutora de esta investigación, que constituyó un reto para ambas por lo complejo del tema, e inició con su dirección en el trabajo final del Master de Derecho de Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona. Por supuesto, también a mi otro director de tesis, al maestro García Ninet, quien ha estado inspirándome durante el desarrollo de esta fase de mi vida académica que culmina, con la suerte de haber podido aproximarme a su sapiencia.

Mi agradecimiento a la Universidad de los Hemisferios del Ecuador, especialmente a la Facultad de Derecho y a cada uno de sus directivos, por haberme permitido dictar la cátedra de Derecho Laboral y de Derecho Civil que fueron fundamentales para la construcción de esta investigación.

Al despacho Baca Estudio Jurídico en Ecuador, por haberme formado como abogada laboralista, hacerme amar esta materia y entender que el Derecho laboral es una rama noble, en la que detrás de cada uno de los casos hay una realidad humana que no debe ser olvidada. De igual forma, al despacho Amaro Aragón García Conde y Vázquez en México, por permitirme practicar en un sistema jurídico distinto, en el que fui capaz de aprender una serie de competencias sin las cuales hubiera sido imposible desarrollar esta investigación.

A mis padres. En especial al mi papá, Patricio, quien además de ser uno de los mejores abogados laboristas del Ecuador, fue quien me incentivó a investigar sobre este cambio en la Constitución y siempre me ha realizado grandes aportes, de mejora del presente trabajo.

A mi familia en Ecuador y en México por siempre alentarme a seguir adelante, por su amor incondicional y el apoyo en este reto.

A Roberto quien ha sido mi compañero a lo largo de este camino y me brindó su apoyo incondicional para concluir con este proyecto, gracias por su cariño y paciencia, así

como por las largas horas de discusión invertidas que hicieron grandes contribuciones para mejorar en este proceso.

## RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en octubre de 2008, reconoció el enriquecimiento injusto como parte de la naturaleza de las relaciones laborales y, a la vez, estableció que, de incurrir en ella, la persona responsable sería sancionada y penalizada conforme a la ley. Al hacer una revisión general del enriquecimiento injusto pudimos advertir que está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que provienen del derecho romano y del *common law*.

Cuando pretendimos estudiarla a partir del derecho laboral, encontramos que, hasta la presente fecha, no se había realizado prácticamente ninguna aproximación que permitiera determinar su viabilidad en esta rama, de naturaleza tuitiva. De la misma manera, tampoco pudimos encontrar los supuestos en los que se puede configurar, sin perjuicio de que en el Derecho civil patrimonial pudimos apreciar que existe un amplio desarrollo de esta, lo que fue un elemento determinante para esta investigación.

El enriquecimiento injusto es una figura que puede ser estudiada desde diversas ramas del derecho, ya que su finalidad consiste en que las relaciones jurídicas sean equitativas para las partes, tanto en su participación como en el resultado que obtengan de ellas.

Este trabajo toma como punto de partida la disposición constitucional ecuatoriana y pretende establecer si el enriquecimiento injusto, por su propia naturaleza jurídica, puede ser aplicable en el derecho laboral español y en el ecuatoriano. El problema surge a partir del momento en que el legislador ecuatoriano, pese a que la disposición constitucional forma parte del ordenamiento jurídico desde hace más de diez años, no ha dictado ninguna ley que regule su aplicación a su interpretación, unido al hecho de que en España no se localiza ninguna regulación legal respecto a esta figura en el ordenamiento jurídico.

Por ello, el presente trabajo inicia con el estudio doctrinario y jurisprudencial del enriquecimiento injusto desde el derecho civil patrimonial para así estar en capacidad de trasladarla al Derecho laboral y, de esta manera, poder identificar su ámbito de aplicación y los requisitos necesarios para su procedencia, para lo cual circunscribimos el objeto de estudio en las legislaciones de España y Ecuador, sin perjuicio de que para casos puntuales nos refiramos a alguna legislación comparada diferente.



De la misma manera, pretendemos encontrar los fundamentos que llevaron al constituyente ecuatoriano a incorporarlo en el ordenamiento jurídico, y planteamos posibles soluciones a las problemáticas encontradas.

**Palabras claves:**

Enriquecimiento injusto – Enriquecimiento sin causa – Principio General del Derecho – Fuente de obligaciones – Acción – Fraude – Simulación – Incumplimientos de Obligaciones Laborales – Precariedad Laboral – Descentralización Productiva – enriquecimiento privado no justificado.

## RESUM

La Constitució de la República de l'Equador, promulgada l'octubre de 2008, va reconèixer l'enriquiment injust com a part de la naturalesa de les relacions laborals i, alhora, va establir que, en cas d'incórrer en ella, la persona responsable seria sancionada i penalitzada conforme a la llei. En fer una revisió general de l'enriquiment injust vam poder advertir que és present en la majoria dels ordenaments jurídics que provenen del dret romà i del Common Law.

Quan vam pretendre estudiar-la a partir del dret laboral, ens vam trobar que, fins avui dia, no s'havia realitzat pràcticament cap aproximació que permetés determinar la seva viabilitat en aquesta branca, de naturalesa tuitiva. De la mateixa manera, tampoc vam poder trobar els supòsits en els quals es pot configurar, sense perjudici que al Dret Civil Patrimonial vam poder apreciar que existeix un ampli desenvolupament d'aquesta, la qual cosa va ser un element determinant per a aquesta recerca.

L'enriquiment injust és una figura que pot ser estudiada des de diverses branques del dret, ja que la seva finalitat consisteix en el fet que les relacions jurídiques siguin equitatives per a les parts, tant en la seva participació com en el resultat que obtinguin d'elles.

Aquest treball pren com a punt de partida la disposició constitucional equatoriana i pretén establir si l'enriquiment injust, per la seva pròpia naturalesa jurídica, pot ser aplicable al dret laboral espanyol i a l'equatorià. El problema sorgeix a partir del moment en què el legislador equatorià, malgrat que la disposició constitucional forma part de l'ordenament jurídic des de fa més de deu anys, no ha dictat cap llei que reguli la seva aplicació a la seva interpretació, unit al fet que a Espanya no es localitza cap regulació legal respecte a aquesta figura en l'ordenament jurídic.

Per això, el present treball inicia amb l'estudi doctrinari i jurisprudencial de l'enriquiment injust des del dret civil patrimonial per així estar en capacitat de traslladar-la al Dret Laboral i, d'aquesta manera, poder identificar el seu àmbit d'aplicació i els requisits necessaris per a la seva procedència. Per aquest motiu circumscriu l'objecte d'estudi a les legislacions d'Espanya i l'Equador, sense perjudici que per a casos puntuals ens referim a alguna legislació comparada diferent.

De la mateixa manera, pretenem trobar els fonaments que van portar al constituent equatorià a incorporar-lo en l'ordenament jurídic, i plantegem possibles solucions a les problemàtiques trobades.

**Paraules claus:**

Enriquiment injust – Enriquiment sense causa – Principi General del Dret – Font d'obligacions – Acció – Frau – Simulació – Incompliments d'Obligacions Laborals – Precarietat Laboral – Descentralització Productiva – Enriquiment privat no justificat.

## **ABSTRACT**

The Constitution of the Republic of Ecuador promulgated on October 2008, acknowledged the legal figure of “unjust enrichment” as part of labor relations and sanctioned such conduct accordingly. As a result of an overall review of the unjust enrichment figure across civil law and common law legal systems, we noticed that such figure has been regulated or acknowledged in most of them.

From a labor law perspective, we could not find comprehensive analyses or studies on the compatibility of this legal figure with the protective nature of this field of law. Furthermore, we did not find precedents and sufficient guidance to establish the legal scenarios under which this legal figure could be materialized (nonetheless, we note that the Civil Property Law has explored this concept extensively). This situation was a crucial and decisive factor to carry out this research.

The unjust enrichment figure can be understood and studied by different fields of the law as it aims to achieve fair and equitable treatment and results for all parties involved.

The starting point of this research is the Ecuadorian constitution and we will analyze whether the unjust enrichment figure can be applicable to the Spanish and Ecuadorian labor law. The main complication for such task is the lack of regulation on this concept. The Ecuadorian lawmakers have not issue any secondary laws to regulate the interpretation or enforcement of unjust enrichment even though such figure has been part of the Ecuadorian legal framework for more than 10 years. Likewise, there are no specific provisions on unjust enrichment in the Spanish legal framework.

In light of the above, this research starts with an analysis of the doctrine and jurisprudence of the unjust enrichment figure from a Civil Property Law perspective and its compatibility or applicability to Labor Law. We also aim to identify the scope of application and the requirements or characteristics that conform this legal figure under Spanish and Ecuadorian Law; nevertheless, we may refer to different jurisdictions for specific cases.

Likewise, we intend to (i) identify the grounds and reasons that led the Ecuadorian lawmakers to incorporate this figure into the Ecuadorian legal system, and (ii) propose possible solutions to any problems identified along this research.

**Key Words:**

Unjust Enrichment – Unjustified Enrichment – General Principle of Law – Source of Obligations – Action – Fraud – Simulation – Non-compliance of Job Obligations – Job Security or Precarious Job - Outsourcing – Unjust Private Enrichment.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>19</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>23</b>
<b>PRIMERA PARTE:</b>	
<b>ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.</b>	
<b>DEFINICIÓN, FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y NATURALEZA JURÍDICA</b>	
<b>Capítulo I.....</b>	<b>33</b>
<b>Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa .....</b>	<b>33</b>
<b>1.1. Historia .....</b>	<b>34</b>
<b>1.2. Definición de enriquecimiento injusto: La justicia en las Constituciones de España y Ecuador. ....</b>	<b>42</b>
<b>1.3. Definición de enriquecimiento sin causa .....</b>	<b>53</b>
1.3.1. Teoría de la causa .....	54
1.3.1.1. Teoría causalista .....	55
1.3.1.2. Teoría anticausalista .....	59
1.3.1.3. Neocausalismo .....	60
1.3.1.4. Negocios jurídicos causales y negocios jurídicos abstractos.....	61
1.3.1.5. La causa en los contratos de trabajo .....	64
<b>1.4. Patrimonio .....</b>	<b>65</b>
<b>1.5. Diferencias entre enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa....</b>	<b>70</b>
<b>1.6. Enriquecimiento injusto en Tratados internaciones referentes a los derechos humanos.....</b>	<b>72</b>
1.6.1. Sistema interamericano de derechos humanos.....	73
1.6.2. Sistema europeo de derechos humanos .....	82
<b>Capítulo II.....</b>	<b>93</b>
<b>Tratamiento doctrinario .....</b>	<b>93</b>
<b>2.1. Enriquecimiento injusto como principio general del derecho .....</b>	<b>93</b>
<b>2.2. Enriquecimiento injusto/sin causa como fuente de las obligaciones.....</b>	<b>98</b>
2.2.1. Definición y elementos .....	99
2.2.2. Fuentes de las obligaciones .....	101
2.2.2.1. Fuentes clásicas de las obligaciones .....	101
2.2.2.2. Fuentes modernas de las obligaciones .....	106
2.2.3. Teoría de la ineficacia de los actos jurídicos .....	108

<b>2.3. Enriquecimiento sin causa como acción .....</b>	<b>114</b>
2.3.1. La acción en el derecho procesal .....	114
2.3.1.1. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo ...	116
2.3.1.2. Teoría de la acción como autónoma e independiente .....	118
2.3.2. La acción de enriquecimiento sin causa en la doctrina .....	119
2.3.3 La acción de enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia .....	122
2.3.3.1. Subsidiariedad .....	124
2.3.3.2. Inexistencia de elementos subjetivos .....	127
2.3.3.3. Negocios jurídicos inválidos o viciados de nulidad .....	127
2.3.3.4. Resultado .....	128
2.3.3.5. Vía de tramitación .....	128
<b>Resumen de la primera parte .....</b>	<b>133</b>

**SEGUNDA PARTE:**

**EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL**

<b>Capítulo III .....</b>	<b>139</b>
<b>La construcción del enriquecimiento injusto en materia laboral .....</b>	<b>139</b>
<b>3.1. Antecedentes: El derecho al trabajo en la Constitución del Ecuador .....</b>	<b>139</b>
<b>3.2. El enriquecimiento injusto como principio general del derecho en materia laboral .....</b>	<b>157</b>
3.2.1. <i>In dubio pro operario</i> .....	159
3.2.2. Principio de norma más favorable .....	167
3.2.3. Principio de condición más beneficiosa adquirida/Intangibilidad .....	177
3.2.4. Principio de irrenunciabilidad .....	187
3.2.5. Principio de supremacía de la realidad .....	195
<b>3.3. El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones en materia laboral .....</b>	<b>200</b>
3.3.1. Fuentes de las obligaciones en el derecho del trabajo .....	201
3.3.1.1. El contrato de trabajo como fuente de obligaciones laborales. ....	202
3.3.1.1.1. Relación entre la remuneración y el enriquecimiento injusto .....	205
3.3.2. ¿El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones laborales es de tipo cuasicontractual o extracontractual? .....	215
3.3.2.1. Enriquecimiento injusto cuasicontractual por la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos .....	216
3.3.2.1.1. Nulidad del contrato de trabajo .....	216

3.3.2.1.1.1. Contratos laborales inexistentes .....	223
3.3.2.1.1.2. Contratos laborales nulos .....	224
3.3.2.1.1.2.1. Contratos laborales de nulidad absoluta .....	225
3.3.2.1.1.2.1.1. Por capacidad .....	226
3.3.2.1.1.2.1.2. Por objeto ilícito .....	233
3.3.2.1.1.2.1.3. Por causa ilícita.....	243
3.3.2.1.1.2.2. Contratos laborales de nulidad relativa/ anulabilidad .....	247
3.3.2.1.1.2.3. Contratos laborales de nulidad sobrevenida .....	247
3.3.2.1.1.2.4. Otros casos .....	251
3.3.2.2. Enriquecimiento injusto extracontractual por la relación al derecho de daños .....	255
<b>3.4. El enriquecimiento injusto como acción en materia laboral .....</b>	<b>258</b>
3.4.1. Casos puntuales de acción de enriquecimiento sin causa en materia laboral. .....	261
<b>Capítulo IV .....</b>	<b>265</b>
<b>Relación del enriquecimiento injusto con el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones, y su posible sanción y penalización. ....</b>	<b>265</b>
<b>4.1. Fraude y simulación laboral .....</b>	<b>265</b>
4.1.1 Fraude.....	265
4.1.1.1. Fraude por falta de afiliación y retención de fondos a la Seguridad Social.....	267
4.1.2. Simulación .....	275
4.1.2.1. Clases de simulación .....	276
4.1.2.1.1. Casos relevantes de simulación en la legislación ecuatoriana y española .....	278
4.1.2.1.1.1. Contratación por horas.....	281
4.1.2.1.1.2. Trabajo de personas extranjeras .....	286
<b>4.2. Incumplimiento de obligaciones .....</b>	<b>291</b>
4.2.1 Obligaciones legales en Ecuador y España .....	293
4.2.1.1. Casos relevantes de incumplimiento de obligaciones legales en España y Ecuador. ....	297
4.2.1.1.1. Horas extraordinarias .....	297
4.2.1.1.2. Incumplimiento en la normativa de prevención de riesgos laborales .....	306
4.2.1.1.3. Atraso, falta de pago o disminución de la remuneración.....	317



4.2.1.1.4. Utilidades .....	324
4.2.1.1.5. Derechos de propiedad intelectual .....	329
4.2.1.1.6. Finiquito .....	334
<b>4.3. El enriquecimiento injusto en materia laboral como delito en Ecuador: estructura y figuras afines.....</b>	<b>339</b>
4.3.1. Enriquecimiento privado no justificado en el Código Orgánico Integral Penal .....	342
4.3.1.1. Principio a la legalidad penal.....	343
4.3.1.1.1. Garantía de taxatividad.....	346
4.3.1.1.2. Garantía de tipicidad.....	347
4.3.1.1.3. Estructura del tipo penal .....	349
4.3.1.1.3.1. Los sujetos .....	349
4.3.1.1.3.2. La conducta.....	356
4.3.1.1.3.3. Objetos .....	357
4.3.1.1.3.4. Condición objetiva de punibilidad.....	359
4.3.1.1.3.5. Delito de acción pública. ....	359
4.3.1.1.3.6. Tensiones con el principio de presunción de inocencia.....	360
4.3.1.2. Bien jurídico.....	361
4.3.1.3. Culpabilidad.....	363
4.3.1.4. Pena .....	365
4.3.2. Propuesta de creación de un tipo penal específico .....	368
<b>Capítulo V .....</b>	<b>371</b>
<b>Precariedad laboral como origen de la inserción del enriquecimiento injusto en materia laboral.....</b>	<b>371</b>
<b>5.1. Precariedad laboral .....</b>	<b>371</b>
5.1.1. Contexto histórico de la precariedad: un breve apunte del siglo xx .....	376
5.1.2. Elementos constitutivos de la precariedad laboral.....	382
<b>5.2. Descentralización productiva como instrumento principal de precariedad laboral.....</b>	<b>386</b>
<b>5.3. Una aproximación a la descentralización productiva: utilidades y problemas. ....</b>	<b>389</b>
<b>5.4. Descentralización productiva en Ecuador .....</b>	<b>397</b>
5.4.1. Principales figuras antes de la Constitución del 2008 .....	398
5.4.1.1. Intermediación laboral .....	399
5.4.1.2. Tercerización de servicios complementarios .....	407

5.4.2. Cambios normativos realizados por la Asamblea Constituyente de 2007-2008 respecto a la descentralización productiva .....	411
5.4.3. Regulación de la descentralización productiva después de la Constitución del 2008: a propósito del enriquecimiento injusto .....	423
5.4.3.1. Contratación de actividades complementarias.....	424
5.4.3.2. Contrato de jornada parcial permanente .....	427
5.4.3.3. Contrato a plazo fijo y otras modalidades contractuales temporales ..	431
<b>5.5. Descentralización productiva en España. Una revisión de ciertos aspectos relevantes de su regulación. ....</b>	<b>439</b>
5.5.1. Propia actividad .....	440
5.5.1.1. Interpretación restrictiva .....	441
5.5.1.2. Interpretación extensiva .....	443
5.5.1.3. Interpretación intermedia o ecléctica.....	445
5.5.2. Cesión ilegal de personas trabajadoras.....	448
<b>Resumen de la Segunda Parte .....</b>	<b>455</b>
<b>Conclusiones y propuestas finales .....</b>	<b>459</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>471</b>



## ABREVIATURAS

AA.VV	Varios Autores
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BCE	Banco Central del Ecuador
BOE	Boletín Oficial del Estado de España
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC Ecuador	Código Civil del Ecuador
CC español	Código Civil de España
CCEC	Corte Constitucional del Ecuador
CE	Comunidad Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CI	Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ingenios de Ecuador
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNJ	Corte Nacional de Justicia de Ecuador (después de 2008)
COGEP	Código Orgánico General de Procesos de Ecuador
COIP	Código Orgánico Integral Penal de Ecuador
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal de España
CPJ	Corte Provincial de Justicia (Ecuador)
CPJP	Corte Provincial de Justicia de Pichincha
CRE	Constitución de la República del Ecuador de 2008
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Ecuador (antes de 2008)

CT	Código del Trabajo de Ecuador
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores de España
ETT	Empresas de Trabajo Temporal
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
INE	Instituto Nacional de Estadística de España
INEC	Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos
ITE	Inspección del Trabajo de Ecuador
ITSS	Inspección del Trabajo y Seguridad social de España
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
LGSS	Ley General de Seguridad Social de España
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de España
LODE	Ley Orgánica de Educación de España
LOEI	Ley Orgánica de Educación Intercultural de Ecuador
LOEP	Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador
LOEX	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
LP	Ley de Patentes de España
LPI	Ley de Propiedad Intelectual de España
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales de España

LRCTRILT	Ley Reformativa al Código del Trabajo, para la regulación de la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios
LRJS	Ley de la Jurisdicción Social de España
LSS	Ley de Seguridad Social de Ecuador
OEA	Organización de Estados Americanos
OISS	Organización Internacional de Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEA	Población Económicamente Activa
PIB	Producto Interior Bruto/Producto Interno Bruto
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RD	Real Decreto
RFAC	Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente
RO	Registro Oficial del Ecuador
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCCE	Sentencia Corte Constitucional del Ecuador
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos
SCNJ	Sentencia Corte Nacional de Justicia de Ecuador
SCSJ	Sentencia Corte Suprema de Justicia de Ecuador
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español

STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
TC	Tribunal Constitucional español
TCT	Tribunal Central del Trabajo de España
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TROLE 1	Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador
TS	Tribunal Supremo español
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente España)

## INTRODUCCIÓN

El enriquecimiento injusto es una máxima del derecho que consiste en que nadie que participe en una relación jurídica puede hacerse más rico en perjuicio del otro. Esta institución ha sido una constante en el derecho civil patrimonial desde su reconocimiento en el derecho romano, sin embargo, a lo largo del tiempo también ha tenido presencia en el derecho administrativo y en el derecho penal.

A partir del 2008, con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre<sup>1</sup> (en adelante, CRE), el enriquecimiento injusto fue incorporado también en el derecho laboral. Previo a reproducir el contenido de la disposición en la que se lo reconoció, cabe señalar que la CRE sigue una corriente neoconstitucionalista, la cual tiene como característica principal la constitucionalización (sic.) de disposiciones normativas que, en otras circunstancias, se regularían en normas inferiores, es decir, leyes, reglamentos, etc.

Esta característica no fue ajena a la materia laboral, ya que, en la Constitución, además de encontrar el catálogo de derechos, la estructura del Estado y los procedimientos de promulgación de leyes, también se pueden identificar una gran cantidad de disposiciones que constitucionalizan principios, entre ellos, algunos de carácter laboral.

En ese sentido, el artículo 327 de la Constitución es una de las disposiciones que refleja de mejor manera esta característica enunciada, a saber:

“(...) 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”.

---

<sup>1</sup> La Constitución de la República del Ecuador se promulgó en el RO No. 449 correspondiente al 20 de octubre de 2008.



Lo transcrito nos permite advertir, en resumen, que este artículo al describir la naturaleza de la relación laboral incorporó principios, conductas prohibidas y sanciones por el incumplimiento de estas, entre las cuales se incluyó el enriquecimiento injusto en nuestra disciplina.

Al dar lectura a este artículo, nos planteamos la hipótesis consistente en determinar si el enriquecimiento injusto es una institución perteneciente meramente al derecho civil o también puede ser viable en el derecho laboral.

Para estar en capacidad de confirmar o negar esta hipótesis, nos vimos en la necesidad de plantear una investigación de derecho comparado del enriquecimiento injusto en la legislación española y en la ecuatoriana. De ahí que, a partir del artículo 327 de la CRE, realizamos un estudio de 360° de esta institución, que implica conocer; en primer lugar, su historia, definición, presencia en tratados internacionales, normas inferiores y, tratamiento doctrinario y jurisprudencial. En segundo lugar, su relación con las demás instituciones que forman parte del artículo 327 de la CRE, tales como el fraude, la simulación y el incumpliendo de obligaciones. Finalmente, el contexto histórico-político que llevó al legislador constituyente a incorporarlo dentro del ámbito del derecho laboral.

El enriquecimiento injusto es una institución que ha sido ampliamente desarrollada en el derecho civil patrimonial, en el que prácticamente la totalidad de los estudios doctrinarios y pronunciamientos judiciales utilizan al enriquecimiento injusto como un sinónimo del enriquecimiento sin causa. No obstante, existe una notable diferencia entre ellos, ya que al primero se lo ha entendido desde una perspectiva filosófica porque tiene incorporado el término *injusto*, mientras que el segundo tiene implicaciones meramente jurídicas, por el uso de la expresión sin causa. Sin perjuicio de que exista una diferencia conceptual tan marcada, los autores y los jueces, no muestran mayor interés por utilizar de forma correcta cada una de estas expresiones, ya que utilizan ambos, indistintamente, como se puede comprobar en nuestro presente estudio.

De la misma manera, la institución del enriquecimiento injusto tiene un amplio espectro de aplicación, ya que la doctrina lo ha abordado desde tres perspectivas, a saber, como principio general del derecho, fuente de obligaciones y acción. Siendo las dos primeras, pertenecientes al ámbito del derecho sustantivo, mientras que la tercera es puramente del ámbito del derecho adjetivo.

A grandes rasgos, al referirnos a un principio general del derecho estamos frente a una fuente del derecho en la que está sostenida el ordenamiento jurídico, a máximas jurídicas que fijan las conductas de *deber ser*, que están presentes y son aplicables para todas las ramas del derecho, las cuales siempre tienen una injerencia moral y algunas veces una sanción jurídica, por no estar debidamente reguladas en el derecho positivo. La máxima jurídica del principio del enriquecimiento injusto consiste en que nadie puede enriquecerse (desplazamiento patrimonial positivo) a costa de otro (desplazamiento patrimonial negativo) sin que exista alguna relación jurídica que sustente este resultado.

Al referirnos a una fuente de obligaciones, estamos frente a un vínculo jurídico que exige la realización o la abstención en la realización de determinada conducta al individuo. De ahí que, para el enriquecimiento sin causa, la clave para su configuración nace de la existencia o de la ausencia de ese vínculo jurídico, ya que, a partir de este elemento, la identificación de los supuestos en que se configura al inicio, durante y al finalizar la relación laboral, es mucho más sencilla. Por ello, la importancia de generar relaciones laborales sin vicios que sean susceptibles de generar una nulidad absoluta de los contratos de trabajo.

Al considerar al enriquecimiento injusto como acción estamos, en términos generales, frente al derecho del individuo de acudir ante los órganos judiciales para solicitar la declaración, la constitución de un derecho o la condena a realizar o abstenerse de realizar una determinada conducta. En el caso específico de la acción de enriquecimiento injusto, los pronunciamientos judiciales han dejado claro que es una acción subsidiaria, es decir que es indispensable que no exista ningún otro tipo de acción prevista por la ley para que se pueda promover.

Desde la perspectiva del derecho laboral, nos hemos enfrentado a una serie de retos, empezando porque no existe, prácticamente ningún estudio que haya abordado al enriquecimiento injusto de forma tan completa, por lo que obtener opiniones doctrinarias y jurisprudenciales se volvió una tarea muy difícil. De la misma manera, pese a que la CRE está vigente desde hace más de diez años, lo cierto es que no se ha promulgado ninguna norma inferior ni se ha realizado una reforma legislativa a las ya existentes, a fin de regular su aplicación en la relación laboral.

Así mismo, los cambios realizados en la CRE han sido sustanciales respecto a la Constitución anterior del año 1998, empezando porque sigue un modelo

neoconstitucionalista que, tal como se mencionó anteriormente, incorpora principios, reglas y normas, que en otras circunstancias serían materia de regulación en la normativa inferior. De la misma manera, adoptó un modelo de estado único en el mundo, denominado *Estado constitucional de derechos y justicia*, cuyo fin último es el salvaguardar y garantizar los derechos de los ciudadanos y que estos sean justiciables.

En ese mismo orden de ideas, el legislador constituyente optó por ubicar al enriquecimiento injusto en el capítulo que regula el régimen de desarrollo, que básicamente está encaminado a que el reconocimiento de derechos se haga de acuerdo a los principios de equidad e igualdad, como desarrollaremos posteriormente.

Todos estos cambios nos han obligado a generar un cambio de perspectiva, en el que cualquier análisis que se realice de las disposiciones presentes en la CRE, deberá partir de que los derechos de los individuos es el eje central de las normas.

Sin perjuicio de que el material necesario para desarrollar la investigación en el ámbito laboral fuera escaso, la forma en que estructuramos el trabajo nos permitió utilizar toda la información presente en el derecho civil, para relacionarla con nuestra rama, a modo de analogía, ya que no podemos olvidar que el derecho laboral proviene del derecho civil, pese a que su nota diferenciadora radica en el carácter tuitivo de la primera.

En este sentido, estamos conscientes que hacer un estudio integral y profundo del enriquecimiento injusto en todos sus aspectos del derecho es una tarea inacabable, de ahí que nos hemos visto obligados a limitar la investigación únicamente al derecho individual de trabajo, sin que esto impida que, en ciertos supuestos, se haga alguna mención específica al derecho colectivo de trabajo. De ahí que, dentro del derecho individual de trabajo, también nos hemos visto obligados a escoger cuidadosamente cada uno de los temas a desarrollar, sin sacrificar la calidad de la investigación.

Los temas estudiados, en su mayoría, parten de un análisis comparado entre la legislación laboral española y ecuatoriana, que en términos generales son prácticamente iguales, sin embargo, hemos elegido algunos temas puntuales, que merecen ser analizados únicamente desde la perspectiva del derecho ecuatoriano, ya que proporcionan información relevante para el cabal entendimiento del artículo 327 de la CRE, especialmente en lo que respecta a la descentralización productiva. Esta decisión se basa en que, para entender el origen de los procesos legislativos es necesario atender a la realidad social, histórica, política y cultural que cada país

atraviesa, por lo que todos estos elementos han influido directamente en nuestro afán de conocer los motivos que llevaron al legislador constituyente ecuatoriano a incorporar esta figura en el derecho laboral.

Al iniciar el estudio en esta rama, nos remitimos a la forma en que estaba reconocido el derecho al trabajo en las constituciones de cada país, en el que pudimos advertir que existía un mayor estudio doctrinario en España, por lo que, con el ánimo de realizar un aporte a la doctrina laboral del Ecuador, consideramos necesario analizar en profundidad el artículo 33 de la CRE, aunado a que esta nos permite sentar las bases del presente trabajo.

Desde nuestro punto de vista, uno de los elementos que incluye la definición del derecho al trabajo en el Ecuador, es que el trabajo es un medio de realización personal, lo que, según nuestro criterio, es un aspecto que reivindica la dignidad del ser humano, ya que actualmente se lo concibe como un instrumento más en la cadena productiva, en el que su participación en la empresa se reduce al absurdo de ser un bien fungible que cuando se agota es fácilmente reemplazado por otro.

Este aspecto marca la pauta de que estamos frente a una realidad jurídica y social, en la cual la Constitución ha fijado como objetivo la creación de una relación jurídica equitativa entre la empresa y las personas trabajadoras. De ahí que, en un primer momento, parecería que el enriquecimiento injusto es uno de los mecanismos utilizados por la CRE para lograr ese objetivo, pese a que todavía no exista ningún tipo de regulación inferior para lograrlo. Por lo que, a continuación, explicaremos la incidencia del enriquecimiento injusto en el derecho laboral.

## **1. Ámbito de estudio y metodología**

La presente investigación se centra en un estudio de derecho comparado de la figura del enriquecimiento injusto, en España y en Ecuador, sin perjuicio de lo cual se han hecho algunas referencias específicas a otros ordenamientos jurídicos, que han aportado elementos relevantes para enriquecer la misma.

Para llevar a cabo el estudio, hemos realizado análisis etimológicos y conceptuales de las diversas expresiones que refiere la norma; de la misma manera hemos hecho referencia a situaciones histórico-políticas de los países señalados anteriormente, con el afán de dotar de mayor contexto al lector, ya que, como se mencionó en líneas anteriores, los procesos legislativos responden a realidades específicas de cada país,

por lo que si obviamos mencionarlas, podemos perder el trasfondo de cada una de ellas.

De la misma manera, esta investigación no sólo se ha limitado al derecho laboral, ya que hemos optado por un estudio transversal, en el que ha estado presente el derecho civil para proporcionar elementos básicos, el derecho laboral como principal protagonista, y el derecho penal para complementar el ámbito del derecho sancionador.

En este mismo orden de ideas, hemos querido aportar elementos filosóficos, antropológicos, sociológicos y estadísticos, para estar en capacidad de comprender los fenómenos que están atrás de la incorporación de una figura en el ordenamiento jurídico, así como las repercusiones que este tiene.

Por último, en el proceso de redacción de este documento, hemos querido utilizar, en la medida de nuestras posibilidades, un lenguaje inclusivo, el cual ha sido un verdadero desafío, ya que, si bien en España existe una mayor familiaridad con este, no es menos cierto que en Ecuador, prácticamente no se lo utiliza.

Todos estos elementos resultan indispensables para poder determinar la viabilidad o la inviabilidad de esta figura en el derecho laboral, ya que, si no se realiza un análisis exhaustivo de carácter sistemático y multidisciplinario, no podríamos estar en condiciones de entender todas las implicaciones, alcances, ventajas y desventajas de su incorporación en esta rama del derecho.

## **2. Estructura del trabajo**

Para poder lograr una investigación completa y ordenada, en la que cada uno de los temas elegidos sea expuesto de forma correcta, hemos decidido dividir la tesis en dos partes, que a su vez se subdividen en capítulos que siguen un orden numérico correlativo.

En la primera parte, estudiaremos la institución del enriquecimiento injusto desde la perspectiva del derecho civil, el cual nos permitirá adquirir un amplio entendimiento del origen, la regulación, los requisitos para su configuración, el alcance, la evolución y las consecuencias jurídicas del mismo.

Esta parte está dividida a su vez, en dos capítulos, que abordan desde la perspectiva del derecho civil patrimonial el concepto y naturaleza del enriquecimiento injusto/sin causa.

En el primero de ellos se realiza un estudio conceptual e histórico del enriquecimiento injusto o sin causa, para luego adentrarnos en el análisis de su naturaleza jurídica y los fundamentos teóricos.

En el segundo, se abordarán las distintas perspectivas que les ha dado la doctrina y la jurisprudencia: como principio general del derecho, fuente de obligaciones y acción.

En la segunda parte, la investigación se realiza desde la perspectiva del derecho laboral, en la cual se tomarán como punto de partida todos los elementos aportados por el derecho civil, a fin de poder extrapolarlos a la relación laboral. Este es el punto clave de la presente investigación, ya que a partir del análisis de tales elementos estaremos en capacidad de confirmar o desechar la hipótesis planteada, así como de establecer si la incorporación del enriquecimiento injusto como norma constitucional fue una decisión acertada o equivocada por parte del legislador constituyente ecuatoriano.

La segunda parte está dividida a su vez, en cuatro capítulos.

En el tercer capítulo se realiza un análisis de las diversas perspectivas doctrinarias del enriquecimiento injusto (principio general del derecho, fuente de obligaciones y acción). Nos centraremos únicamente en los elementos propios de la relación laboral, con el objeto de determinar el fundamento y el alcance que podría tener en esta rama del derecho.

En el cuarto capítulo, se analizarán el resto de las figuras que están presentes en el art. 327 de la CRE: el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones, que, al igual que el enriquecimiento injusto, fueron consideradas como parte de la naturaleza de la relación laboral. Esto se hará con el objeto de identificar la posible relación que existe entre ellas, así como los supuestos prácticos en los que se puede configurar cada una. Así mismo, analizaremos desde la perspectiva del derecho penal dos tipos penales previstos en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, que podrían tener relación con el enriquecimiento injusto: el enriquecimiento ilícito y el enriquecimiento privado no justificado.

En el quinto capítulo estudiaremos la descentralización productiva como principal motivo por el que los constituyentes ecuatorianos decidieron incorporar al enriquecimiento injusto en el ordenamiento jurídico, especialmente desde la concepción de una herramienta para erradicar la precariedad laboral, y los principales cambios normativos que la incentivaron.

En síntesis y de forma muy sucinta, ha quedado fijado el parámetro en el que se desarrollará la presente tesis doctoral, sin que quede lugar a dudas de que el enriquecimiento injusto en materia laboral es un tema poco desarrollado pero que adquiere protagonismo al ser incorporado dentro de una norma constitucional, y cuyo amplio espectro de estudio, da pie a que este no sea el único trabajo de investigación que se haga sobre este.

**PRIMERA PARTE:**

**ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.**

**DEFINICIÓN, FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y NATURALEZA JURÍDICA**





## Capítulo I

### Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa

El objeto de este capítulo es estudiar el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa desde el derecho civil patrimonial. Se revisará de forma sucinta su origen para luego adentrarnos en analizar su definición y sus características esenciales, que son necesarias para sentar las bases del análisis que se va a llevar a cabo, posteriormente, desde el derecho laboral.

Para comenzar, debemos señalar que, desde el punto de vista doctrinario, con frecuencia, al referirse al enriquecimiento injusto se ha utilizado la expresión *enriquecimiento sin causa* como sinónimo, lo cual nos lleva a determinar que ambos forman parte de una teoría del enriquecimiento que analizaremos; sin embargo, el hecho de utilizar distintos vocablos implica necesariamente que existe una diferencia conceptual entre ambos que no podemos obviar.

Tomando este hecho como punto de partida, en este capítulo se pretenderán establecer las diferencias que existen entre el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa, para comprender la razón por la cual el constituyente ecuatoriano optó por el uso del término *injusto* en lugar de la expresión *sin causa* para referirse al enriquecimiento en materia laboral, pese a que parten de un mismo origen y, así, establecer si su aplicación es viable tanto dentro del ordenamiento ecuatoriano como dentro del español.

Para estar en capacidad de concluir que efectivamente existe una diferencia conceptual entre ambos términos es indispensable que nos remontemos, aunque sea sumariamente, a su punto de origen y a la evolución de esta.

Únicamente para aportar elementos básicos que permitan estudiar en profundidad la figura, cabe mencionar que la institución del enriquecimiento injusto proviene de la máxima del derecho que se manifiesta con la siguiente expresión: «Nadie provoca daño a otra persona con la intención de hacerlo». El hecho que esta figura parta de una máxima del Derecho implica, necesariamente, su presencia en los distintos sistemas jurídicos, ya sean estos provenientes de la familia jurídica romano-germánica o de la anglosajona, lo que no solo afirma la necesidad de continuar con la investigación, sino que permite corroborar su relevancia.

## 1.1. Historia

Para facilitar el estudio de la historia de esta figura, profundizaremos en la primera de las familias jurídicas mencionadas, la romano-germánica, ya que es el origen de los ordenamientos jurídicos de Ecuador y España, a los que se circunscribe este trabajo. Nos referiremos de forma sucinta a la familia jurídica anglosajona para establecer criterios en común o relevantes para responder la pregunta planteada.

El origen del enriquecimiento injusto se tiene registrado en el *Corpus Iuris Civilis*<sup>2</sup>, más conocido como *Código Justiniano*, que consiste en una compilación legislativa realizada por el emperador de Bizancio, Justiniano I, cuya primera versión fue publicada en el año 529 d. C. y una segunda en el año 534 d. C.

Esta figura nació bajo la denominación de *condictiones*. Las *condictiones* según Mackeldey (1845, p.118) fueron concebidas como acciones personales en virtud de las cuales se podía ejecutar una obligación y podían ser, únicamente, interpuestas contra el deudor.

En este sentido, el autor antes citado, nos explica la existencia de varios tipos de acciones personales que se derivaron de las denominadas *condictiones* provenientes del Código *Justiniano*, esto es<sup>3</sup>:

- i. *Actiones directoe* o *contrariae*: La que nacen de los contratos o cuasi contratos. Su objeto consistía en pedir la ejecución de la obligación prevista en el contrato, es decir, la ejecución de una obligación reconvenional.
- ii. *Actiones adjectitioe qualitatis*: Previstas para casos excepcionales en que no se pudiera interponer reclamación alguna contra el deudor, sino que se hiciera contra terceros obligados por uno de los contratantes.
- iii. *Interdicta*: Terminología que se refiere a aquellas acciones destinadas a garantizar la posesión que ha sido privada a través de la violencia, por lo que se consideraba que provenían del delito.

---

<sup>2</sup> Esta compilación fue de gran relevancia para el Derecho, ya que Justiniano le otorgó la categoría de ser normas de carácter obligatorio para todos los ciudadanos. Así mismo, tuvo una relevancia histórica, ya que en esta se recogió la producción jurídica romana, consistente en las instituciones del derecho y la jurisprudencia, lo que permitió preservarlas en el tiempo para su estudio, lo que le convirtió en la base de la mayoría de los Códigos Civiles.

<sup>3</sup> Se derivaron de las *condictiones* también las acciones reales que se derivaban de la propiedad y de los derechos reales. Así mismo existieron acciones mixtas (conjugan las reales y personales); entre ellas *actio familiae erciscundae*, *communi dividendo*, *finium regundorum*.

En definitiva, podemos afirmar que, desde el punto de vista anteriormente mencionado y conforme a la doctrina más autorizada, las *condictio* consistían en acciones personales de restitución que se podían aplicar en ciertas situaciones en las que se consideraba que el enriquecimiento era injusto. Es decir, en este escenario nos estamos encontrando ya con una fuente de obligaciones.

De la misma manera, podemos observar cómo en el *Digesto*, que fue publicado en el 533 d. C., se desarrollaron con mayor profundidad las *condictiones sine causa*, específicamente en el libro que se dedica a recopilar las reglas del derecho antiguo, a través de la frase: «Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro»<sup>4</sup> (Pomponio, pp. 50, 17, 206).

Al hilo de lo señalado, Núñez Lagos (1935, pp.134-136) determina que eran seis tipos de *condictiones sine causa* las que se encontraban previstas en el *Digesto*, las cuales consistían en:

- i. *Condictio indebiti*: Terminología que sirve para describir un tipo de acción prevista para los casos en los que se paga por error una deuda inexistente o que, en realidad, no se debía.
- ii. *Condictio causa data causa non secuta o condictio causa ob datorum*: Relativa a un tipo de acción prevista para aquellos casos en los que se produce un desplazamiento patrimonial que dependía de un resultado futuro que finalmente no se produce.
- iii. *Condictio ob turpem causa*: *Condictio* o acción que busca restituir un patrimonio destinado a un resultado inmoral, deshonesto, en contra de una prohibición legal o de las buenas costumbres.
- iv. *Condictio furtiva*: Acción prevista para los casos de robo o hurto.
- v. *Condictio sine causa*: En este caso, es una acción considerada de tipo residual, cuya aplicación sería para los casos en los que no se pudiera aplicar ninguna de las anteriores.
- vi. *Actio in rem verso*: Terminología que prescinde de la palabra *condictio*, pero que viene a constituir una acción prevista para desplazamientos patrimoniales indirectos, es decir, la obtención de un beneficio patrimonial a través de un tercero.

---

<sup>4</sup> La frase original fue escrita en latín y dice textualmente “*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletariem*”.

Si analizamos lo antes explicado por el autor, podemos determinar que las *condictiones sin causa* en el derecho romano fueron consideradas como acciones, circunscritas en el ámbito procesal y que, necesariamente, implicaban el ejercicio de un derecho cuya condena conllevaba a la restitución. De la misma manera, todas ellas comparten que su procedencia se generaba siempre que una de las partes obtuviera un beneficio patrimonial al que no se tenía derecho.

De los seis tipos analizados se puede advertir que pudieran ser aplicables para este estudio las siguientes la *condictio ob turpem causa*; la *condictio sine causa*; y, la *actio in rem verso*. A continuación explicamos el porqué de esta primera aproximación.

En primer lugar, la *condictio ob turpem causa* resultaría aplicable, en tanto que en materia laboral es posible que se produzca un beneficio patrimonial para una de las partes como consecuencia de la violación de una prohibición legal. Por ejemplo, en la falta de pago de la jornada extraordinaria de trabajo, lo cual será abordado con mayor profundidad en el capítulo IV, específicamente en el epígrafe 4.2.1.1.1.

En segundo lugar, la *condictio sine causa* también resultaría aplicable en la materia laboral, por ser considerada como una acción residual, ya que procedería únicamente cuando no se pudiera subsumir el supuesto en ninguna de las otras; esto implicaría que, en cualquier caso en el que se produzca un desplazamiento patrimonial por parte de la persona titular de la empresa o de la persona trabajadora sin que exista una causa jurídica o que sea como consecuencia de un resultado inmoral, deshonesto o en contra de las buenas costumbres, se podría solicitar la restitución.

El hecho de que se haya planteado esta figura como una acción residual podría esclarecer la manera en la que fue redactado el art 327 de la Constitución del Ecuador que está en estudio en el presente trabajo.

El texto del artículo, recordamos, señala que: «(...) el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley». La redacción utilizada por el legislador podría llevar a pensar que, en materia laboral, existen acciones previstas para ejercer el derecho en contra del incumplimiento de obligaciones, el fraude y la simulación; y, en el evento que no se pudiera promover ninguna de ellas, se podría recurrir a la acción residual del enriquecimiento injusto. Pero se considera que esta cuestión merece un análisis más profundo, por lo que continuaremos más adelante con ella. Aquí nos

limitaremos a una aproximación desde el plano meramente teórico de categorización del tipo de enriquecimiento.

En tercer lugar, la *actio in rem verso* es otra de las *condictiones sine causa* que se podría aplicar en materia laboral, ya que, como se explicó anteriormente, en este se produce el beneficio patrimonial a través de un tercero.

Por regla general, las relaciones laborales son bilaterales y directas, es decir, en ellas participan únicamente la empleadora y la persona trabajadora; sin embargo, como es conocido, está permitida la participación de terceros a través de la figura del *outsourcing* o subcontratación en terminología española, el cual será abordado más adelante debido a su extensión y especificidad de la materia.

Planteadas estas primeras aproximaciones conceptuales de acciones que conllevaban a la restitución, en nuestra tradición jurídica, y de las que podría derivarse el concepto jurídico de *enriquecimiento injusto* en materia laboral, en lo que respecta a la historia de la figura, se debe continuar señalando que el enriquecimiento injusto no solo apareció en el *Código Justiniano* sino también en las *Siete Partidas*<sup>5</sup> de Alfonso X el Sabio.

En este orden de cosas, Bohórquez Yepes (2014, pp. 35-37) hace referencia a que, en la Edad Media, con las *Siete Partidas* se produce un endurecimiento en el tratamiento jurídico del enriquecimiento injusto, puesto que nos referimos a un conjunto de normas redactadas para dotar de uniformidad jurídica al reino de la Corona de Castilla entre los años 1252 y 1284 a. C. En la Séptima Partida, que se dedica al Derecho penal y procesal penal, específicamente en el título 34, ley 17, se hace referencia directa a nuestro objeto de estudio con la siguiente frase, escrita en castellano antiguo: «Ninguno non debe enriqueszer tortizeramente con daño de otro».

Por lo expuesto hasta el momento, podemos determinar que la figura del enriquecimiento injusto ha estado presente tanto en el derecho civil patrimonial como en el derecho penal. En el derecho civil lo hemos visto recogido como un principio general del derecho, en la rama de las obligaciones y contratos, así como en el derecho procesal civil. Respecto a que esta figura ha nacido como un principio general del derecho, según Diez-Picazo (1996, p. 16), tal consideración implica una sabiduría

---

<sup>5</sup> Las Siete Partidas constituyeron uno de los textos legales más importantes del Derecho común para la familia romano – canónica, así como para la Edad Media, ya que su regulación fue muy extensas y, fueron recogidas en las posteriores codificaciones.

jurídica, pero que no se puede aplicar directamente, en tanto que, si bien es cierto que se da por sentada su presencia en todos los actos jurídicos, no existe la posibilidad de hacerlo exigible de forma coercitiva. Por tanto, según el autor, no habría manera o vía procesal real para lograr la vuelta a la situación previa a este enriquecimiento.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que haya nacido como un principio general del derecho conlleva la obligación de acatarlo, así no existan medios directos de coerción para los ciudadanos, ya que su origen responde a una necesidad moral y de justicia, que, como ya se mencionó anteriormente, es intrínseca al ser humano. En lo que respecta a la rama de las obligaciones y contratos, de lo antes explicado, se desprende que esta figura es también una fuente de obligaciones.

Por otra parte, en el caso del derecho procesal civil, el enriquecimiento injusto también tuvo presencia, ya que nació como una acción de restitución, que procedía una vez que se cumplían diversos requisitos; el más importante de ellos consistía en que, una de las partes intervinientes en el negocio jurídico debía obtener un beneficio patrimonial indebido, de manera que, quien lo promovía podía optar por una vía de tramitación directa o residual. Desde nuestro punto de vista, el hecho de considerar la figura objeto de estudio también como una acción es acertado y responde de manera inmediata a la necesidad de equilibrar los resultados generados como consecuencia del acto jurídico celebrado.

De lo expuesto, se puede advertir que esta figura en la familia romano-germánica tuvo un tratamiento muy extenso y complejo, ya que fue regulado como un principio general del derecho, una fuente de obligaciones y una acción, esto sin mencionar que, también, puede ser considerada como un delito; pero, por no ser materia de esta investigación, únicamente nos limitamos a enunciarlo advirtiendo la complejidad y el interés que puede tener esta vía, pero dejando constancia de que no es objeto de la presente tesis doctoral. Por ello, nos encontramos ya en aptitud de continuar con el estudio de esta en la familia jurídica del derecho anglosajón o *common Law*, como señalamos previamente.

En este marco, Basozabal (2018, pp. 1-66) explica que el enriquecimiento injusto fue estudiado en un primer momento por Peter Briks en 1983 con la publicación del documento *An Introduction to the law of Restitution*, en el que se pretendió alcanzar una unidad respecto a las restituciones provocadas por el enriquecimiento a costa de otro, con el objeto de ampliar la regulación, para que esta no solo se encontrara

enmarcada en el derecho de los contratos y daños, pero no localizamos referencias previas.

Esta idea aparentemente enunciada por Peter Briks no fue aceptada sino hasta 1991 a través de la sentencia del Tribunal Supremo de Gran Bretaña, *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.*<sup>6</sup>, que está considerada como un caso fundamental en la regulación de esta figura. Los hechos del caso consistieron en que un abogado de la firma Lipkin Gorman sacó 220 mil libras para apostar en el Playboy Club propiedad de la compañía Karpnale Ltd., el cual obtuvo 154.695 libras de ganancia por el dinero robado. La firma Lipkin Gorman demandó al club la devolución del dinero robado por su socio, ya que los contratos de juego eran nulos en función de la ley de juegos de 1845.

La defensa del club consistió en que ellos participaron del negocio de buena fe, ignorando el hecho de que el socio había robado el dinero. Así mismo plantearon que, aunque los contratos de juego celebrados por el club y el socio eran nulos, estos fueron cumplidos en su totalidad. Además, alegaron que al socio se le permitió mantener sus ganancias en la medida en que no las apostara, y que los contratos de juego eran simplemente nulos, no ilegales; de la misma manera, consideraron que el reclamo de los abogados no era diferente en principio de un reclamo de recuperación contra un tercero inocente a quien se le dio el dinero y que ya no lo retuvo.

En la Sentencia se consideró que el reclamo de la firma de abogados estaba basado en el enriquecimiento injusto del club a expensas de los abogados, en el que se estudiaron varios temas.

El primero de ellos consistió en que, dentro del club, las fichas se trataron como moneda y al abandonar el club, el socio podía cambiar fichas por dinero cada vez que decidiera hacerlo, de manera que las fichas en sí no tenían valor y en todo momento seguían siendo propiedad del club, pero el club las canjearía por dinero en efectivo.

El segundo consistió en la excepción de cambio de posición, que procede cuando un agente puede rechazar un reclamo de restitución sobre la base de que, antes de enterarse del reclamo del demandante, ha pagado el dinero a quien se lo entregó o de alguna otra manera alteró su posición en relación con este; y, cuando en ciertos casos en los que el dinero pagado con base a letras de cambio falsas se ha mantenido irrecuperable.

---

<sup>6</sup> Esta sentencia puede ser consultada en su idioma original en el siguiente sitio web; [https://www.trans-lex.org/302100/\\_/lipkin-gorman-v-karpnale-ltd-%5B1991%5D-ac-548/](https://www.trans-lex.org/302100/_/lipkin-gorman-v-karpnale-ltd-%5B1991%5D-ac-548/).



El tercero consistió en que, cada vez que el casino acepta una apuesta, cambia su posición de buena fe, de manera que sería injusto exigir que devolviera el dinero al verdadero dueño. Esto se debe a que, al aceptar la apuesta, el casino se ha comprometido, en términos comerciales, a pagar al jugador sus ganancias si tiene éxito. En tales circunstancias, el corredor de apuestas podría decir que, actuando de buena fe, había cambiado su posición al incurrir en el riesgo de tener que pagar una suma de dinero sustancialmente mayor que el monto de la participación. Sobre esta base, sería irrelevante si el jugador ganó la apuesta o no, o, si ganó la apuesta, cuánto ganó.

Pero el punto central del caso es que hubo una serie de transacciones bajo las cuales todas las apuestas se habían realizado pagando el dinero del demandante al casino, y en cada ocasión el casino había incurrido en el riesgo de que el jugador ganase. Es la totalidad de las apuestas lo que produce, según las leyes del azar, la apuesta ganadora ocasional; y la apuesta ganadora ocasional es, por lo tanto, en términos prácticos, el resultado de que el casino cambia su posición al incurrir en el riesgo de perder en cada ocasión cuando el jugador realiza una apuesta.

Entonces, cuando en tales circunstancias el demandante busca recuperar del casino la cantidad de varias apuestas que un jugador realizó con él con su dinero, no sería equitativo exigirle al casino que pagase en su totalidad sin ingresar las ganancias de la cuenta pagada por él al jugador en una o más de las apuestas realizadas con él. El resultado puede no ser completamente lógico, pero seguramente es justo.

Por todas estas razones, la Corte concedió la apelación de los abogados con respecto al dinero y se ordenó al club que pagase una suma limitada de £ 150.965 correspondiente únicamente a lo que perdió el socio en las apuestas.

El análisis de la Sentencia, según Sierralta Ríos (2013, p. 25-27), no puede darse bajo la óptica del derecho romano, ya que resultaría sumamente confuso, debido a que en el sistema del derecho anglosajón, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, no existe una diferencia marcada respecto a las acciones reales y las acciones personales. Por ello, pese a que la demanda era una acción real, lo cierto es que los jueces en la sentencia concedieron la restitución basándose en una acción personal, lo cual es impensable en el derecho romano-germánico.

Desde nuestro punto de vista, la Sentencia analiza varios temas importantes, como la fórmula del legítimo propietario, el pago por error de derecho o el principio de

formación o cumplimiento de los contratos; sin embargo, el único relevante para este trabajo responde al argumento expresado por la Corte, que consiste en que la injusticia de exigirle que reembolse un valor igual o mayor, sin que haya cambiado su posición de buena fe en el negocio jurídico, es mayor que la injusticia de negar la restitución del demandante.

En el derecho de Gran Bretaña existe una diferencia importante con el principio de buena fe respecto a los demás países del *common Law*, ya que, como lo explica Pino Emhart (2014, pp. 233-253) el sistema inglés tiene bien marcada su naturaleza casuística, por lo que no solo no contempla el principio general citado, sino que muestra un rechazo por adoptar principios generales como soluciones particulares a casos de injusticia, debido a que se considera que podrían generar una excesiva falta de certeza. Por ello, para evitar este tipo de situaciones prefieren resolver caso a caso aquellas situaciones que podrían verse cubiertas por el principio de buena fe; sin embargo, prefieren utilizar términos como *equidad* o *razonabilidad* para referirse a ellos.

En esta virtud, la Sentencia antes mencionada es relevante para nuestro estudio, ya que, pese a que los jueces no tienen una predisposición para resolver los casos tomando como base los principios generales del derecho, lo cierto es que gran parte de su análisis se centra en la equidad y en la justicia como valores propios del enriquecimiento injusto, por lo que consideramos que esta figura se ha convertido en un lineamiento importante para orientar la conducta de las personas, es decir, se ha convertido en una regla de *deber ser* de las partes, en el que los negocios jurídicos no deben estar concebidos para que una de las partes se aproveche en forma desmedida de la otra, sino que ambos obtengan resultados beneficiosos.

Este análisis nos permitió esclarecer el tratamiento que se da a la figura en el derecho inglés; sin embargo, resulta importante determinar brevemente lo que sucede en Estados Unidos. En este sentido, Basozabal (2018, pp. 13-78) considera que, en Estados Unidos, a pesar de que los doctrinarios Scott y Seavey hayan elaborado el *Restatement of Restitution* con el fin de establecer una guía para aquellos aspectos que no encajaban dentro del derecho de los contratos ni de los daños, estos no tuvieron acogida y tampoco fueron aprobados, por lo que quedaron relegados a un papel subsidiario en los contratos.

Por su parte Briks (2003, p.21) critica la falta de importancia que se ha dado a la *law of restitution*, ya que considera que es una institución que otorga una respuesta jurídica clara que se materializa con la restitución, pero sobre todo que es objetiva, es decir, que no hace falta imputar un comportamiento culposo al demandado, sino que basta con que se produzca el desplazamiento patrimonial para que se perfeccione. De la misma manera, considera que esta ley podría aportar elementos necesarios para resolver una variedad de conflictos, debido a que permitiría abordarlos a partir de un principio común, o de juzgarlos desde una perspectiva única.

Desde nuestro punto de vista, el enriquecimiento injusto aporta elementos útiles para resolver una gran cantidad de conflictos, principalmente porque permite evaluar el comportamiento de las partes a fin de determinar si fue equitativo; sin embargo, creemos que no es el único elemento que se debe tomar en cuenta a la hora de resolver una disputa jurídica, ya que cada escenario es único. No obstante, no podemos desconocer que el tratamiento que se le da a la figura en el *common Law*, y sobre todo las diferencias que se presentan entre Gran Bretaña y Estados Unidos, aportan elementos valiosos para este trabajo, ya que permiten conocer las diversas posturas que han adoptado ciertos países respecto a la importancia y los alcances del enriquecimiento injusto.

En este caso nos queda claro que el ámbito de aplicación de este se circunscribe a los contratos y su estrecha relación con el principio de buena fe de las partes, en la suscripción y posterior ejecución de estos. De la misma manera, nos permite concluir que la figura del enriquecimiento injusto, pese a ser sumamente antigua, ya que data del derecho romano con Justiniano, cuenta con un desarrollo mucho más profundo en la familia jurídica romano-germánica que en el derecho anglosajón, en el cual apenas fue incorporado y su regulación es escasa, pese a que es más actual.

## **1.2. Definición de enriquecimiento injusto: La justicia en las Constituciones de España y Ecuador.**

La definición partirá de su etimología. Analizaremos cada uno de los vocablos que componen esta expresión. Para explicar estos vocablos, en primer lugar haremos referencia a las definiciones provistas por la Real Academia de la Lengua Española (a continuación, RAE) con el objeto de entender de manera general el significado de estas y, posteriormente, referirnos a las que se presentan en diversas enciclopedias

jurídicas, finalizando con aquellas brindadas por diversos doctrinarios, para extraer una conclusión al objeto del presente estudio.

El primer vocablo de la expresión en estudio es *enriquecimiento*. Según el Diccionario de la RAE es 'acción y efecto de enriquecer'. En este punto, deviene indispensable remontarnos a la definición de la acepción *enriquecer* brindada también por la propia RAE: 'hacer rica a una persona, comarca, nación, fábrica, industria u otra cosa'.

Como bien se mencionó, siguiendo a la RAE, el enriquecimiento se entiende como una acción que genera un incremento en el patrimonio de quien la realiza, lo que en términos generales ocasionaría la posibilidad de generar fortuna o aumentarla exponencialmente.

Para enmarcarlo dentro del ámbito jurídico resulta indispensable retomar la definición presente en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1977, p. 361), la cual indica que: «(...) por enriquecimiento se entiende todo incremento patrimonial; (...) que consiste en la diferencia que existe entre el Estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores».

En este mismo orden de ideas, Cabanellas (1981, p. 469) en el *Diccionario Jurídico de Derecho Usual* agrega que, mientras esta acción sea lícita, es decir, no viole las leyes expresas de un país, es conveniente para el individuo y para la sociedad. Hay que tomar en consideración que este autor ya establece una relación directa e intrínseca entre el enriquecimiento y la necesidad que este sea lícito para que sea considerado como beneficioso en las relaciones jurídicas.

Las definiciones presentadas, desde nuestro punto de vista, son acertadas y pertinentes con la temática en estudio, en tanto que explican una regla general de aplicación para todos los actos o negocios jurídicos. Esta regla consiste en que todas aquellas personas que participen en un acto o negocio jurídico son susceptibles de sufrir un incremento en su patrimonio<sup>7</sup>, lo cual deviene perfectamente posible y beneficioso para la economía y la sociedad, siempre y cuando se produzca en observancia a los términos de la equidad y legalidad, que se tornan aquí, como en otros ámbitos, fundamentales.

---

<sup>7</sup> El patrimonio debe ser entendido como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica.

De la misma manera, coinciden en establecer un vínculo que parece inseparable entre la licitud de la acción de enriquecimiento y el desplazamiento que se debe producir entre el patrimonio de los participantes, por lo que, en otras palabras, se pretende evitar que ese incremento patrimonial se obtenga como resultado de la realización de un acto jurídico que carezca de una justificación o atente contra los valores intrínsecos de las partes.

Es importante aclarar que en ninguna de estas definiciones se ha determinado un monto aproximado o exacto en el que se deba incrementar el patrimonio de uno en perjuicio del otro, únicamente bastará con que se produzca un incremento susceptible de ser cuantificado para que se pueda hablar de enriquecimiento; es decir, que por más ínfima que sea la cantidad, lo importante es que se produzca una diferencia de resultado positivo en el patrimonio.

En segundo lugar, para abordar el estudio de la segunda palabra que conforma la expresión, *injusto*, consideramos pertinente no solo realizarlo desde un ámbito etimológico, sino desde la perspectiva de la corriente naturalista y positivista.

La RAE define *injusto* como ‘no justo o equitativo’, lo que conlleva la necesidad de remitirnos a la acepción de justicia definida, también por la RAE, como ‘aquello que debe hacer según derecho o razón’.

Esta definición nos obliga a que, en una primera aproximación, consideremos a la justicia como un valor/parámetro que siguen los seres humanos y que está presente en cada una de las actuaciones que realizan, por lo que, desde el punto de vista doctrinario, varios estudiosos del derecho han centrado una atención especial en esta, como se presentará a continuación.

La justicia por naturaleza es una acepción que varía en función de quién la estudia, ya que este concepto se encuentra íntimamente ligado a los valores de los seres humanos y, por lo tanto, se convierte en un tema de carácter filosófico que conlleva un análisis más profundo.

Por ello, para ahondar en el concepto de justicia como se avanzaba en las líneas precedentes, consideramos indispensable analizarla desde la perspectiva de la corriente naturalista y desde la corriente positivista.

En la corriente naturalista, Robles (2018, pp. 51-64) sostiene que la justicia está concebida como una virtud<sup>8</sup> que ordena al ser humano en aquellas cosas que son relativas a otros de acuerdo con la igualdad, por lo cual tiene un carácter relacional. De igual manera, concibe al derecho como objeto de la justicia; derecho no entendido como el conjunto de normas, sino como una razón que lleva a una decisión justa. Por lo que, para llegar a esto se utilizan las leyes como razones que facilitan conseguir la justicia a través del acto justo, de la decisión concreta justa.

En esta corriente la justicia es un valor absoluto que no depende de la realidad en la que se encuentre, el contexto histórico, la sociedad o el individuo, lo que nos lleva a concluir que para el naturalismo la norma, que es producto de un proceso creativo del hombre, para que sea considerada como tal debe ser justa, ya que, si carece de este valor, jamás podría ser catalogada como una norma.

Esta afirmación también se funda en la alteridad, la igualdad y la objetividad, que según Hervada (1996, pp. 35-37) constituyen las características propias de la justicia, las que consideramos fundamentales para esta corriente, por lo que las desarrollaremos en profundidad en líneas posteriores.

En cuanto a las dos primeras características, la alteridad y la igualdad, Graneris (1973, p. 28) señala que se estableció una relación muy interesante entre lo justo y lo igual, por cuanto se consideró que algo justo necesariamente conlleva una cierta igualdad de lo que le corresponde al otro. De la misma manera, esta corriente concibe que algo es justo cuando está presente una rectitud de justicia, por lo que necesariamente se terminará realizando una acción de justicia.

En lo que respecta a la objetividad, esta se refiere a que el acto, sin importar la forma en la que fue ejecutado, debe ser justo, destacándose, por tanto, que lo recto no siempre coincide con lo justo. En este punto se considera que la relación entre rectitud y justicia es de género-especie, en tanto que la justicia siempre conlleva rectitud, pero la rectitud no siempre conlleva justicia.

De lo expuesto podemos llegar a concluir que, al ser la justicia un valor intrínseco del ser humano, está presente en cada uno de los actos que se realizan a lo largo de su vida. Esto debe ser entendido desde la perspectiva ontológica, es decir, un escenario

---

<sup>8</sup> Para el naturalismo las virtudes cardinales son la justicia, la prudencia, la templanza y la fortaleza. Esta corriente considera que las todas las virtudes, excepto la justicia, conciernen al ser humano en su proceso de perfeccionamiento.

ideal, en el que se cumplen todos los presupuestos del *deber ser*; sin embargo, las conductas que realiza el ser humano no siempre están enmarcadas en escenarios ideales.

Lo antes expuesto, nos permite comprender que el nacimiento de la figura del enriquecimiento injusto responde a la necesidad de que los individuos, cuando participen en actos o negocios jurídicos en los que obtengan un rédito económico, no afecten a los intereses ni a los valores del otro.

El enriquecimiento injusto, entendido desde la perspectiva antes explicada, resulta pertinente con la temática en estudio, ya que esta se enmarca en el ámbito del derecho laboral, el cual es una rama del derecho con un contenido social, en el que por regla general debe primar la conducta del *deber ser*. De la misma manera, se debe considerar que el negocio jurídico en el que participan los individuos consiste en una relación de trabajo en la que una parte presta un servicio de forma personal a otra, quien como contraprestación le paga un valor determinado.

Entonces, por principio ontológico, esta actividad no está pensada para generar una riqueza, ya que si se violenta este principio se estaría frente a una *explotación del hombre por el hombre*.

En la corriente positivista, existen dos puntos de vista contrapuestos para explicar qué es la *justicia*.

La primera postura es sostenida por Kelsen (2012, pp. 93-95). En ella se explica que la justicia está estrechamente ligada a la búsqueda irracional del hombre por ser feliz, la que no puede ser conseguida por el individuo de forma personal y genera la necesidad de formar una sociedad, lo cual a la vez deriva en la necesidad de promulgar normas que permitan la correcta interrelación de los individuos que la conforman.

Por ello, la justicia y el derecho son elementos que confluyen en la norma, ya que el fundamento del ordenamiento jurídico está dado por la *justicia bajo la ley*, lo que dista totalmente de la *justicia por encima de la ley*. Es decir, que la construcción normativa (entendida como la regulación de las relaciones humanas) debe estar dictada a partir de la voluntad humana, por ende, con base a su razón, lo que implica que la justicia no puede estar vinculada directamente al conocimiento, ya que, si así se hiciera, estaríamos frente a los intereses de los individuos y no al bien común.

En este mismo orden de ideas, Kelsen afirmó que la justicia se consigue a través de la observación de la norma, es decir, se parte del presupuesto planteado por el naturalismo de que la norma debe ser justa para adquirir esta calidad y, solamente, se puede llegar a la justicia si las conductas que realizan los individuos en los actos o negocios jurídicos se apegan a esta.

La postura de Kelsen fue criticada, entre otros, por Alarcón Varela (2012, pp. 76-77), ya que, desde su punto de vista, generó un relativismo atado a un subjetivismo, que no implica la exclusión de la moral, sino que se reduce al cumplimiento de la norma, en lo cual se tendrían que dejar de lado las construcciones individuales, de manera que la teoría se mantiene en la esfera de lo ideal, de una utopía.

Esta crítica es compartida por nosotros de forma parcial, ya que, por una parte, es necesario que exista un *deber ser* en las conductas de los participantes en los negocios jurídicos para evitar que estas se desnaturalicen; sin embargo, es cierto que esto puede generar una utopía que no permita la aplicación de la norma.

Por ello, nuestra crítica de la teoría kelseniana radica en la aplicabilidad de la norma, porque en un escenario ideal se pueden obviar las conductas individuales deseadas o esperadas, en el que se espera que los individuos acaten las normas en su más amplio sentido; no obstante, consideramos que es imposible que las construcciones personales queden a un lado, ya que estas forman parte de la persona en dos niveles, a saber, consciente e inconsciente, en el que, por más esfuerzo que realice una persona podrá conseguir desprenderse de una construcción consciente, pero le resulta imposible hacer lo mismo con estructuras inconscientes. De ahí que, por más que el autor afirme, desde una concepción doctrinaria, que se puedan dejar de lado las construcciones individuales, lo cierto es que en la práctica lo vemos casi imposible de cumplir.

Por lo que se refiere a la segunda postura o corriente positivista, Squella (2010, pp. 175-216) recoge las opiniones vertidas por diversos autores como Immanuel Kant, Norberto Bobbio y Herbert Lionel o Adolphus Hart, y nos explica que todas ellas concuerdan en excluir a la justicia como uno de los fines del derecho, ya que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, ya es justo. De la misma manera, nos revela que, en opinión de estos doctrinarios, el derecho tiene como función conseguir la justicia fueran cuales fuesen los aspectos morales presentes en sus disposiciones; es decir, el positivismo no considera la justicia como un elemento



esencial dentro del Derecho, de manera que no importa el contenido moral que tenga, pues, sea cual sea este, se debe obedecer lo establecido en la norma.

A nuestro modo de ver, la justicia, al ser un valor intrínseco de los seres humanos, debería estar incorporada en las disposiciones legales, ya que debería ser una respuesta natural de los representantes que elaboran las normas. Sin embargo, esto no siempre ocurre, ya que como bien señalaba Kelsen y vimos anteriormente, estas pueden responder a los intereses individuales de aquellas personas que están encargadas de elaborarlas, lo que lleva a su desnaturalización y a la eliminación de *la justicia* de su contenido.

No debemos olvidar que las normas se elaboran para regular el comportamiento de los individuos que conforman la sociedad, por lo que para su construcción se requiere de un proceso de identificación y análisis de la realidad, en la que muy pocas veces la norma puede anticiparse a la realidad, lo que implica que en la mayoría de las ocasiones las leyes se promulgan para regular comportamientos que no permitían un desarrollo armónico de la sociedad, es decir, para establecer límites al comportamiento individual a fin de conseguir un bienestar social.

En este proceso de construcción de la norma, en el que se debe hacer un análisis de la realidad *ex ante* y *ex post*, con el fin de evaluar su pertinencia y aplicación, lo cierto es que, por más que se pretenda un bienestar colectivo, siempre se van a ver reflejados los elementos de voluntad, valores y principios de quienes están encargados de su elaboración, ya que no se puede obligar a estos individuos a desprenderse de su construcción personal.

No obstante, según nuestro criterio, el problema se generaría si la carga de valores, de aquellos encargados de construir la norma, predomina sobre el interés general, por lo cual también debemos tener presente que es la propia sociedad quien ha elegido que ellos, por encima de otros, sean los encargados de elaborarlas, es decir, en cierto modo son un reflejo de los valores de aquellos a quienes representan.

Por ello, consideramos que en ciertas sociedades, como en el caso específico del Ecuador, se toma a la ligera este encargo, ya que no se tiene real conciencia de la relevancia y la incidencia que tiene en la realidad de un país, ya que *las reglas del juego* son delimitadas por ellos, por lo que no solo se debería exigir tener una preparación técnica suficiente, sino también una conducta esperable en la sociedad,

ya que, como dijimos anteriormente, la carga valorativa de estos individuos se ve reflejada en las normas.

Consideramos que nuestra postura en esta cuestión podría resultar un tanto polémica, en la medida en que se podría entender que es una limitación al ejercicio de los derechos políticos de elegir y ser elegido; sin embargo, estamos partiendo de una concepción del *deber ser*, y que por más que en la realidad sea diferente, lo cierto es que permite trazar objetivos y encaminar todas las acciones a que se consigan.

En nuestra opinión, que no compromete a la de nadie más, uno de los grandes problemas de las sociedades actuales es la ausencia de estos valores en la elaboración y aplicación de las normas, en el que el nivel de tolerancia de esta se ha elevado al punto de olvidar la equidad y la justicia no solo en la vida diaria, sino en el ordenamiento jurídico.

En España el art. 1.1 de la Constitución de 1978<sup>9</sup> expone: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Es indispensable recalcar que al utilizar la expresión *valores superiores de su ordenamiento jurídico* estamos ante la necesidad de que todas las actuaciones que realicen los funcionarios, así como las políticas públicas implementadas por el Estado en cada uno de los ámbitos, no solo se limiten a observar el valor de justicia, sino que deben estar encaminadas a conseguirla, y que queda totalmente invalidado cualquier acto que contravenga cualquiera de estos.

Con el objeto de ejemplificar tal afirmación, se analizará la STC 181/2000, de 29 de junio, dictada por el pleno del Tribunal Constitucional español (en adelante TC español), en la que se impugnó el art 1.2 y Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Decreto 632/1968 de 21 de marzo. El texto que finalmente fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional español consintió en el llamado «sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», también denominado «baremo», en el que se hizo constar once criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización por muerte o lesiones permanentes.

---

<sup>9</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

La constitucionalidad de este sistema tasado fue cuestionado basándose en tres argumentos; el primero, encaminado a acreditar una vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y moral, ya que no se atiende de manera correcta a los bienes de la personalidad dañados, cuya protección está reconocida en el artículo 15 de la Constitución; el segundo, que conlleva a la violación del principio de igualdad previsto en el art. 14, en concordancia con el valor de justicia del art 1.1., en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3., ya que al ser un sistema tasado, limita el análisis judicial a la responsabilidad civil por simple riesgo, dejando de un lado los daños ocasionados por actuación culposa o negligente; y, por último, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24.1 y a las garantías jurisdiccionales previstas en el art. 117.3, por cuanto no se puede confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal con la restauración del equilibrio patrimonial perdido, sino que debe extenderse al régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes.

La resolución adoptada por el TC español de declarar inconstitucional el sistema de baremos demuestra que los valores superiores del ordenamiento jurídico como es la justicia, así como el resto de los derechos consagrados en la Constitución, pueden anular cualquier acto de autoridad que los contradiga. En el caso expuesto, la fijación de las indemnizaciones a través de un sistema tasado resultaba injusto, en tanto que se estaban omitiendo ciertos criterios determinantes para su cuantificación. De ahí queda claramente demostrado que los principios y los valores recogidos en la Constitución no son letra muerta, que es posible aplicarlos en casos prácticos.

Por otra parte, en el caso de Ecuador la justicia no está solo considerada como un valor esencial, sino que se integró y forma parte del modelo de Estado que se adoptó en la Constitución del 2008, cuya denominación es *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, la cual versa respecto a que todos los derechos reconocidos por la Constitución son plenamente justiciables. Además, implica la obligación de que los derechos reconocidos en la Constitución guarden concordancia o conformidad con la actuación estatal, cuyo proceso creador de normas se debe inspirar y girar en torno a los derechos de los ciudadanos, de manera que la aplicación de ese derecho ofrezca como resultado final la justicia, entendida como valor real.

Por lo expuesto, si se toma el valor de justicia y se relaciona con el enriquecimiento, se desprende que el enriquecimiento injusto es una figura que se ha incorporado al

ordenamiento jurídico positivo con dos objetivos fundamentales, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- i. El establecimiento de una prohibición de enriquecerse en perjuicio de otro.
- ii. La fijación de lineamientos de la conducta humana en base a reglas de equidad moral.

En resumen, que no hay que perder de vista que, en todos de los actos jurídicos que se realicen por parte de los individuos, existe un resultado que debe reflejar siempre la justicia.

Desde el punto de vista de la doctrina, con carácter general, se pueden encontrar varias definiciones y opiniones de los más destacados autores en esta materia, como son Díez-Picazo, Fábrega Ponce o Enneccerus, entre otros.

Así, Díez-Picazo (1996, pp. 99-100) considera que los actos jurídicos celebrados con el fin de producir un intercambio de bienes y servicios deben estar en concordancia con las reglas que determine el ordenamiento jurídico vigente, haciendo especial énfasis en la justicia conmutativa, es decir, que aquellos actos cumplan con los principios de igualdad y equilibrio. Esta consideración se basa en que el enriquecimiento debería ser proporcionado/equitativo para las partes, porque está encaminado a un *deber ser*; sin embargo, en la práctica no todas las relaciones jurídicas que tienen este objeto se ejecutan en observancia de la justicia, de tal forma que se debe encontrar una posible solución que solvete la falta de equilibrio.

Si, por el contrario, se toma la definición ofrecida por Fábrega Ponce (1996, p. 15) se puede desprender que el enriquecimiento injusto es considerado como un principio del derecho, en el cual «(...) la persona que sin causa se enriquece en detrimento de otra está obligada a la restitución del importe del enriquecimiento al afectado o empobrecido». Aquí se hace énfasis en dos elementos muy importantes: el primero, mediante el cual se incorpora la obligación para una de las partes del negocio jurídico de restituir a la otra el porcentaje en que se haya incrementado su patrimonio de manera desequilibrada; el segundo, versa respecto al elemento de causar un perjuicio al patrimonio del otro participante de ese negocio jurídico. Como podemos ver, en este punto confluyen la familia romano-germánica y la anglosajona, en tanto que consideran la restitución como una consecuencia del enriquecimiento injusto, es decir, un mecanismo en el que se recupera el equilibrio en el resultado del acto jurídico, que no cuenta con un soporte jurídico que el ordenamiento considere suficiente.

No obstante, la definición que desde nuestro punto de vista analiza con más detalle la naturaleza de esta figura es aquella desarrollada por Enneccerus (1934, p. 321). Esto así, por cuanto no solo incorpora los elementos del enriquecimiento a expensas de otro y la restitución del importe, planteados por los otros autores, sino que agrega a la discusión la posibilidad de que «(...) el derecho se vea forzado, por razones de seguridad, de exteriorización y de realización de los derechos o razones de lógica jurídica y por otras múltiples consideraciones, a dar lugar a efectos jurídicos que no son conformes a esa aspiración última».

Si bien es cierto, el derecho puede considerar legal un resultado como consecuencia de un negocio jurídico, entendido como el incremento patrimonial de una de las partes en demérito de la otra, no necesariamente responde al equilibrio y la igualdad a los que propende la justicia. Hay que tener en cuenta que, por más que el derecho pretenda regular las conductas humanas de la manera más justa y recta, existen ocasiones en las cuales la propia ley no tutela este principio o es insuficiente para mantener el equilibrio esperado. Es decir, que el legislador puede generar leyes que no necesariamente observen el valor de justicia, lo que implica que las partes en conflicto no pueden obtener un resultado equitativo.<sup>10</sup>

Las normas que carecen de justicia deberían ser excepcionales, ya que, como se mencionó anteriormente, no se puede preferir su aplicación tomando en consideración únicamente el principio de legalidad que le otorga su promulgación, sino que se deben observar todos los valores de los ciudadanos, especialmente la justicia, de tal forma que su existencia en el ordenamiento jurídico erradique cualquier posible perjuicio para las partes, entendido como la obtención de resultados inequitativos entre ellas.

La incorporación de la acepción *injusto* dentro del enriquecimiento le otorga a esta figura la característica de subjetividad propia de la justicia, por lo que se podría llegar a pensar que lo que es justo para uno puede ser injusto para otro. Sin embargo, queda claramente evidenciado que el resultado de un negocio jurídico, en la esfera del *deber ser* para las partes ha de ser equilibrado y equitativo.

En este punto es indispensable reflexionar sobre dos aspectos.

---

<sup>10</sup> Esta afirmación desde el punto de vista del naturalismo sería totalmente imposible, por cuanto, como se explicó anteriormente, el objeto de la justicia es el derecho, en tanto que aquella norma que no esté apegada a la justicia no debería ser llamada norma.

El primero consiste en la falta de aplicación de la figura al ser plenamente subjetiva, ya que se podría pensar que es inaplicable o peligroso en el ámbito jurisdiccional, por cuanto el resultado de un litigio no puede responder únicamente a la concepción de justicia que tenga el juez. Hacerlo así conllevaría la creación de un ambiente de inseguridad, ya que cada fallo dependería de la apreciación con la que cuente el juzgador.

El segundo consiste en la necesidad de elevar los conceptos jurídicos a un ámbito filosófico, por cuanto permiten claramente evidenciar el *deber ser* de las instituciones jurídicas y mantener claramente establecido el objetivo que se pretende cumplir con su inserción en el ordenamiento jurídico, y no, únicamente, agotar su existencia en la rigidez de la norma, que al ser creada por los seres humanos puede ser perfectible.

### **1.3. Definición de enriquecimiento sin causa**

Como se mencionó anteriormente, la figura del enriquecimiento injusto ha sido utilizada como un sinónimo del enriquecimiento sin causa; sin embargo, la terminología jurídica empleada en cada una de ellas es completamente diferente, por lo que a simple vista resultan no ser lo mismo. Por ello, en el presente epígrafe nos centraremos en definir el enriquecimiento sin causa, para posteriormente determinar las diferencias que existen con la otra figura, el enriquecimiento injusto.

En el epígrafe anterior llegamos a la conclusión de que el uso de la palabra *injusto* se refería a aquello que es contrario a la equidad, es decir, que se ha generado un enriquecimiento de una de las partes a través de un abuso.

En este epígrafe, el vocablo que lo diferencia es *la causa*, la cual puede ser entendida como aquel elemento esencial que da origen al contrato<sup>11</sup> o a la fuente del enriquecimiento.

Desde nuestro punto de vista, la relación que existe entre estos dos es de género a especie, en tanto que todo enriquecimiento sin causa es enriquecimiento injusto, pero no todo enriquecimiento injusto es sin causa. Se explica a continuación.

El doctrinario, De la Cámara Álvarez (1988, p. 153) basa la distinción entre las dos figuras en función de la justificación o fundamentación que tenga el acto jurídico. Al enriquecimiento sin causa lo caracteriza por ser aquel que carece de fundamento

---

<sup>11</sup> En este punto, es indispensable recordar que nos encontramos dentro de la rama del Derecho civil específicamente en los contratos, tal como el Derecho Romano ya lo había establecido.

jurídico en la legislación que le sirva como justificación del desplazamiento patrimonial, mientras que el enriquecimiento injusto, por el contrario, sí tiene, para el citado autor, un fundamento jurídico para la realización del acto, pese a que el resultado de esta sea contrario a la justicia.

Para otros autores, como Álvarez-Caperochipi (1993, p. 11), la diferencia de las dos figuras radica en su origen histórico. Así, hace mención a que la primera vez que se trató esta figura se habló del «enriquecimiento torticero», el cual respondía únicamente a un principio general del derecho o a una regla moral. Al incorporar la acepción *sin causa* a la palabra *enriquecimiento*, esta se convierte en una acción basada en la equidad, dando la posibilidad de solicitar una acción de repetición que busca rectificar el desequilibrio patrimonial que se pudo producir por atribuciones impropias en un negocio jurídico.

La confusión de estas dos terminologías, *injusto* y *sin causa* podría llevar a que se abuse de la acepción *injusto* para que se impongan correctivos al derecho positivo, esto es, que prime la concepción de un principio general del derecho en lugar de la ley imperativa. Sin embargo, la clave para dilucidar el problema que se genera al no existir una correcta distinción entre el enriquecimiento injusto y sin causa es, precisamente y a nuestro modo de ver, entender qué significa la terminología jurídica *causa*, como se desarrollará en las líneas posteriores.

### **1.3.1. Teoría de la causa**

La teoría de la causa según lo señala Magallón Ibarra (1997, pp. 265-267) fue desarrollada por Domat, antes de la promulgación del *Código Napoleónico*, y se basó en esta máxima del derecho romano: *do ut des, Facio ut facias, do ut facias y facio ut des* (es decir, la obligación de cada una de las partes tiene su fundamento en la que corresponde a otra). Por ello a la causa se la considera como un elemento de existencia de los contratos, ya que, si esta no está presente, el negocio jurídico celebrado por las partes sería inexistente en el mundo jurídico.

Si nos remontamos a la época romana la acepción de causa se utilizaba, entre otros usos, para referirse a una fuente de obligaciones, a las formalidades de ciertos contratos o a la voluntad de la parte obligada, lo que dota de fundamento a la afirmación de que este elemento es indispensable para el nacimiento de los contratos.

Por su parte, Sohm (2006, p. 198-202) sostiene que la causa está presente en todos los negocios jurídicos, porque implica la persecución de un fin jurídico determinado consistente en la merma del patrimonio, es decir, en los que se desprende de un valor patrimonial cualquiera, a favor de otro. En nuestro criterio, la causa es un elemento de existencia de los contratos, de manera que su ausencia no permite que el acto jurídico tenga relevancia en el mundo jurídico. Por ello compartimos el criterio del citado autor, y consideramos que este elemento es clave en nuestro estudio.

Se debe tomar en cuenta que la causa no solo constituye un elemento clave en este estudio, sino que, además, permite diferenciar si el supuesto en análisis está inmerso dentro de un contrato o si es extracontractual.

Una vez que se ha podido identificar la importancia de la causa dentro de los negocios jurídicos, resulta indispensable estudiarla, en un primer momento, desde las diversas corrientes doctrinarias, a saber, las del sistema causalista, anticausalista y neocausalista, para continuar con las que versan respecto a los negocios jurídicos causales y abstractos.

#### **1.3.1.1. Teoría causalista**

La teoría clásica o teoría causalista estudia la causa desde el punto de vista subjetivo, ya que Albadalejo García (1994, pp.115 y ss.) sostiene que la causa es el móvil, los motivos o las intenciones en virtud de las cuales las partes contratantes aceptan obligarse.

Para esta, la principal característica de la causa consiste en que es un elemento de existencia y validez de los contratos, el cual es idéntico a todas las categorías del contrato. Es un elemento de existencia, ya que su ausencia desencadenará en la inexistencia del negocio jurídico; y, es un elemento de validez, en tanto que, si la causa es ilícita, errónea o falsa, el negocio jurídico está inmerso en una causal de nulidad.

Para esta teoría la causa está subdividida en la causa final o causa impulsiva si se enmarca dentro los contratos, y la causa eficiente si se refiere a la fuente de las obligaciones.

En primer lugar, la causa final, según los doctrinarios De la Cámara Álvarez y Laje (1985, p. 529), entre otros, como seguidores de la teoría causalista, consideran que la



causa final es un requisito de validez de los contratos, ya que en esta se plasma la finalidad directa e inmediata de cada una de las partes, lo que se ve reflejado en las prestaciones que cada uno ejecutan. Por esto, califican la causa como única.

En ese mismo orden de ideas, establecen que la característica principal de la causa final consiste en que es un elemento intrínseco e interior de las partes, ya que pretenden conseguir un determinado objetivo con la celebración del negocio jurídico.

Para sustentar su postura, los doctrinarios se refieren a tres tipos de contratos, en los cuales se puede reflejar su afirmación, esto es:

- i. Los contratos sinalagmáticos, en los que la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra.
- ii. Los contratos reales, en los que la causa constituye la entrega de la cosa, objeto de este, de tal manera que no habrá contrato si no se realiza la entrega.

Los contratos gratuitos, que son aquellos en los que la causa final del donante es el *animus donandi*, es decir, la intención de hacer una liberalidad a favor del donatario.

En este punto, consideramos importante referirnos al contrato de trabajo desde esta perspectiva. El contrato de trabajo se encontraría inmerso en el primer tipo de contrato, ya que la causa de la obligación de una de las partes sería la obligación de la otra. Se explica a continuación.

En el contrato de trabajo, la persona trabajadora se obliga a prestar un servicio a cambio de recibir una contraprestación económica, la cual consiste en la obligación correlativa de la empresa, es decir, la causa del uno está atada necesariamente al otro.

Por ello, se podría concluir que, en un primer momento, y sin tener la oportunidad de estudiar el resto de las teorías, el contrato de trabajo tendría una causa final. Para poder llegar a esta conclusión, es indispensable continuar con el análisis.

Al referirnos a la causa impulsiva u ocasional, López de Zavalía (1997, pp. 383-387) sostiene que estamos frente a una causa remota, es decir, que se refiere al motivo determinante de la voluntad de las partes o de una de ellas para celebrar o participar en el negocio jurídico.

Al contrario de la causa final, la característica principal de esta consiste en que es exterior y extrínseca al contrato, o sea, que no forma parte de este. Esto implica que la causa es variable y que depende de las circunstancias de las partes celebrantes.

Pero, desde nuestro punto de vista, esta forma de ver la causa es totalmente subjetiva, en tanto que para descifrar la causa de un determinado negocio jurídico debemos deducir la intención que cada una de las partes tuvo en el momento de celebrar el contrato. En algunos casos, descifrar la intención de los contratantes partiendo del instrumento denominado *contrato*, podría resultar simple; sin embargo, esto no siempre es posible, ya que existen determinados negocios jurídicos en los que intervienen un sinnúmero de partes y en los que, por su complejidad, resulta imposible determinar la real intención de los contratantes. Por lo que, a nuestro criterio, esta forma de abordar la causa le resta seguridad jurídica a los contratos y deja abierta la posibilidad de interpretar el texto de este a la conveniencia de los contratantes.

En el caso que nos ocupa, al hablar de la causa impulsiva en un contrato de trabajo, la persona trabajadora bien podría fundar la prestación de su servicio como medio de subsistencia, desarrollo profesional, desarrollo personal, responsabilidad social, etc.; mientras que la persona titular de la empresa lo podría fundar en incremento patrimonial, incremento de producción o sentido de superioridad, entre otros. Sin perjuicio de que todas estas causas son perfectamente válidas y posibles, dependerá de la circunstancia específica de cada persona, por lo que lo convierte en un elemento de carácter subjetivo, motivo por el cual la causa denominada impulsiva no consideramos que sea suficientemente útil o pertinente con la materia en estudio.

En segundo lugar, la causa eficiente o causa extrínseca es definida por Steenberghen (1957, p. 144) como aquella que ejerce un influjo real (del ser humano) sobre otra realidad (mundo jurídico), es decir, no ejerce influencia directa sobre el efecto, sino que es el que produce, modifica o extingue la obligación, a través de la alteridad.

La alteridad, en palabras del autor, viene dada por el presupuesto de que nada se produce a sí mismo, pues de hacerlo no se hablaría de una existencia, sino de la confirmación de una preexistencia, de manera que la causa eficiente debe existir antes del nacimiento del contrato.

Sin perjuicio de que podría resultar un concepto difícil de entender, es claro que aquí se produce una verdadera dialéctica entre causa y efecto, que consiste en que las

acciones humanas producen resultados o cambios en el orden jurídico, los cuales a la vez se convierten en causa de otros efectos, y así sucesivamente.

Por ello, podemos afirmar que el requisito de existencia, denominado causa, que es indispensable para el nacimiento de un contrato, se refiere al de una causa eficiente, en el que se requiere una voluntad del ser humano para influir sobre el mundo jurídico. En este mismo orden de ideas, consideramos que la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha tendido a aceptar esta manera de ver la causa, ya que un contrato produce, modifica o extingue una relación jurídica, cuyo efecto es consecuencia de este acto, es decir, el efecto está unido a la causa por un nexo.

Esta relación se puede explicar con el siguiente gráfico:

**Gráfico 1: Relación causa eficiente y atribución patrimonial**



*Gráfico 1:* Este gráfico es de elaboración propia y explica la relación de la causa eficiente con la atribución patrimonial, para cuya elaboración se utilizó la información señalada anteriormente.

En este sentido, resulta evidente que, si desaparece la causa eficiente como elemento de existencia del contrato, se produciría una nulidad de este y, por ende, generaría la desaparición del nexo que justifica la atribución patrimonial. Esta cuestión será abordada con más detalle cuando estudiemos las nulidades de los contratos de trabajo, ya que consideramos que aquí está el punto determinante para que se configuren los casos de enriquecimiento (desplazamiento patrimonial) sin causa, tanto en materia civil como en materia laboral.

La dificultad se centra en determinar cuál es la causa eficiente del contrato, tomando en consideración que depende de las acciones del ser humano, es decir, de lo que conocemos como *autonomía de la voluntad*. Sin embargo, para que esta autonomía de la voluntad llegue a convertirse en una causa eficiente depende de la influencia que ejerza en la creación del contrato, así como el fin que tenga tal acción.

De Castro y Bravo (1985, p. 65) sostiene que la autonomía de la voluntad no es, en sí misma, una causa eficiente sino material, porque no contiene un acto, sino que es el paso previo para que se realice un acto; y, sin embargo, es el signo que expresa la voluntad dirigida a conseguir un resultado social que el derecho estima digno de amparo como relación negocial.

En nuestro criterio, esta postura es acertada, ya que solo a través de la autonomía de la voluntad los seres humanos pueden realizar los actos, o sea, estos no provienen de una generación espontánea. Los actos son una expresión de la voluntad que se materializa, es decir, se saca de su esfera interna para convertirla en una realidad jurídica a través de la creación de un contrato.

### **1.3.1.2. Teoría anticausalista**

Por su parte, para los doctrinarios que critican la teoría causalista, conocidos como *anticausalistas*, entre los que se encuentra Planiol (1923, p. 1037), la causa es un requisito que no debería ser esencial para la validez de los contratos, porque, además de generar problemas de interpretación, todas las normas que contienen el fundamento de la causa ya se encuentran establecidas en la ley o en los principios generales del derecho.

Esta postura se sustenta en que se ha confundido la causa con otros elementos del contrato, como con el consentimiento, con el objeto o con el fin del contrato, todo ello derivado de una mala interpretación del derecho romano. De la misma manera, se sostiene que, sea cual sea el tipo de contrato que se celebre, resulta ilógico decir que la obligación de una parte nace como consecuencia de la otra, ya que el nacimiento de ambas se da como efecto del contrato que se ha celebrado; y no se podría hablar de falta de validez en el contrato por falta de causa porque una de las prestaciones se haya dejado de cumplir.

Desde nuestro punto de vista, la causa de los contratos no necesariamente está establecida en la ley o en los principios generales del derecho. Se explica a continuación brevemente el porqué.

La causa podría encontrarse en la ley o en los principios generales del derecho únicamente para los contratos típicos; sin embargo, actualmente, por el dinamismo de la economía y la globalización, existen una gran cantidad de contratos atípicos e innominados que no tienen regulación normativa, sino que están contruidos a partir

de la costumbre mercantil o la necesidad de las partes. Por ello consideramos que esta teoría se encuentra superada y es inaplicable actualmente, ya que las necesidades comerciales han desbordado la regulación normativa existente en materia de contratos.

### **1.3.1.3. Neocausalismo**

Destacamos, como Taboada Córdova (1996, p. 296) expone, que el neocausalismo es la nueva orientación de la jurisprudencia francesa que promueve el renacimiento de la causa, en la que se busca su rehabilitación a través de combinar las dos nociones de causa, el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo, de manera que la causa refleja la razón económica de la obligación y el interés de los contratantes. La causa, en sentido objetivo, además, se refiere a su función, lo que implica un fin igual para todos los negocios de la misma clase. Esto quiere decir que no depende del tipo de contrato o acto que celebren las partes, sino de las circunstancias que llevaron a cada parte a celebrarlo, lo cual se denomina también *motivo*. Las características principales de este, según Videla Escalada (1985, pp. 62, 63), consisten en ser extrínseco, subjetivo, concreto, particular, personal, individual o interior.

En este marco, Laje (1954, pp. 38, 39) considera que este es un elemento general que abarca todos los actos jurídicos (no solamente los contratos) y que debe estar presente en aquellos motivos que tiene la persona para realizar el acto. Se hace énfasis en que la causa es un motivo, pero:

«(...) no para desdeñarlos en su conjunto y para limitarse a la consideración de uno solo, como fin inmediato, abstracto y objetivo, sino para analizarlos en su totalidad psicológica, para determinar cuál es que debe elevarse a la categoría de principal y decisivo.»

De los tres sistemas expuestos se puede advertir que, tanto la teoría causalista como el neocausalismo, coinciden en que la causa es la finalidad que persiguen las partes al celebrar el acto o negocio jurídico, y cuya principal diferencia recae en la consideración objetiva o subjetiva de esta. Se dice que es objetiva por el fin que surge del contrato en sí mismo, mientras que el neocausalismo lo enfoca en función de los fines propios de los participantes.

En nuestra opinión, el neocausalismo es la teoría que más podríamos aplicar en este estudio, ya que coincidimos con el hecho de que la causa debe ser analizada desde un enfoque objetivo y subjetivo. Esto es así porque, a nuestro modo de ver, el contrato de trabajo tiene como causa objetiva en la sociedad la generación de riqueza, de dinamización de la economía; mientras que, en sentido subjetivo, la causa implicaría que las partes intervinientes se obligan a realizar las prestaciones al amparo de un vínculo jurídico protegido por el derecho denominado contrato, en función de sus propios motivos.

#### **1.3.1.4. Negocios jurídicos causales y negocios jurídicos abstractos**

De lo que hemos estudiado hasta este momento, hemos podido advertir que los negocios jurídicos, por regla general, son de tipo causales, por cuanto este elemento ha sido considerado como un requisito de existencia y validez de los contratos. Sin embargo, no todos los negocios jurídicos son causales, sino que también existen algunos de tipo abstracto. Por ello, en el presente epígrafe resulta indispensable que estudiemos estas dos figuras con el objeto de poder ratificar la conclusión de que los contratos de trabajo son causales o poder encasillarlos en otra categoría.

En este epígrafe comenzaremos analizando los negocios jurídicos causales, para continuar con la teoría de los negocios jurídicos abstractos, que fue implementada por el derecho alemán.

En primer lugar, la causa en los negocios jurídicos causales según Flume (1965, p. 157) es uno de los elementos de existencia indispensables para su configuración, así como la voluntad, el objeto y la capacidad, de manera que, si uno de estos falta, el negocio jurídico no produce efecto jurídico alguno.

Es por ello que la causa está definida como el fin jurídico de la obligación, es decir, la razón jurídica que justifica que el enriquecimiento del patrimonio de otra persona<sup>12</sup> sea legítima. Su origen es la existencia de un convenio causal entendido como el acuerdo de las partes respecto al fin del negocio jurídico, del cual nace su fundamento jurídico.

Por su parte, Bork (2011, p. 183) sostiene que en este tipo de negocios jurídicos el fin toma relevancia en dos aspectos; el primero, por cuanto forma parte integrante del negocio jurídico y manifiesta el fundamento del enriquecimiento del patrimonio de otro;

---

<sup>12</sup> A esta se le conoce en el derecho alemán como la atribución, la cual puede nacer del acuerdo de las partes a través de la negociación y por medio de la ley.

y, el segundo, por cuanto el resultado obtenido se convierte en un elemento determinante del negocio, es decir, el fin de la obligación que se deriva de una parte constituye la obligación de la otra.

Para Sirgado Díaz (2014, p. 60), la causa forma parte integrante del negocio jurídico, en tanto que, si existen defectos en el acuerdo sobre la causa, estos repercutirán en el negocio jurídico, de tal manera que la atribución y la causa están estrechamente relacionadas.

En segundo lugar, si hablamos «negocios jurídicos abstractos», nos referimos a una corriente que tiene mayor desarrollo en el derecho alemán, a través de la *Reschtposition* que, según Lorenz (2009, p. 490) y Wolf y Neurer (2012, p. 332) es el fundamento para utilizar el término *abstracto*, ya que no se necesita ningún acuerdo de las partes sobre la causa jurídica del negocio para que tenga una posición jurídica, es decir, el contenido de estos no está atado a la razón o al porqué de la disposición.

En este sentido, la causa no es un elemento esencial para que se produzca la formación de los contratos, lo que implica que tampoco forma parte o se ve reflejado en el contenido del negocio. En esta virtud, un desplazamiento patrimonial abstracto es válido o eficaz a pesar de la nulidad, la ausencia o los defectos de la causa.

El elemento determinante para que surta efectos jurídicos consiste en la manifestación de la voluntad de las partes, entendida como un acuerdo respecto a los efectos que ha de producir, de manera que el convenio causal no forma parte del contenido del negocio.

La ausencia de causa no quita validez a los negocios jurídicos; es más, se pueden perfeccionar a pesar de que se demuestre posteriormente su inexistencia, de manera que resulta imposible promover una acción de nulidad, lo que podría ser perfectamente posible en la teoría de negocio jurídico causal. Esto implica que, aunque no exista causa o esta sea ilícita, los efectos jurídicos provenientes de ese negocio jurídico, en un primer momento, sí se producirían.

Para esta teoría, los efectos jurídicos provenientes de un contrato sin causa no implican que estos no puedan ser revertidos, ya que considera que la acción de enriquecimiento injusto es un mecanismo que brinda la ley para poder revertir los efectos y conseguir una posible restitución del patrimonio. Esto cobra relevancia en el

tema de estudio, ya que existen varios supuestos contractuales en los que se puede evidenciar la procedencia de la figura y su aplicación.

Es importante aclarar que, para esta teoría, la causa sí forma parte del negocio, no como parte de su contenido sino como un elemento externo, ya que siempre se requiere de una razón jurídica para explicar su nacimiento en el mundo jurídico. En el caso de la teoría causal, la causa es un fin en sí mismo, mientras que en la teoría abstracta la causa es subjetiva, ya que las razones vendrán dadas en función del sujeto obligado.

En nuestro criterio, la causa es un elemento esencial para el nacimiento de los contratos, por lo que no concebimos la idea de que se produzcan desplazamientos patrimoniales u obligaciones que surjan de un acuerdo de voluntades que no respondan a una causa eficiente o final.

Sin embargo, para contar con mayores elementos dentro de la presente investigación, hemos considerado importante referirnos al uso del vocablo *abstracto*. Respecto a este término, según De los Mozos (1996, pp. 369-442) responde al contenido de los negocios jurídicos, dejando de lado la razón de su nacimiento.

En este punto deviene importante referirnos a las disposiciones legales presentes en la legislación española y ecuatoriana que regulan los requisitos de los contratos, con el objeto de determinar si los negocios jurídicos abstractos están o no permitidos.

En primer lugar, el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español (en adelante, CC español), en el título II, capítulo II, se regulan los requisitos esenciales para la validez de los contratos y dedica la sección tercera para analizar la causa. En el art. 1275 menciona claramente: «(...) los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». A este precepto es necesario sumarle lo dispuesto en el art. 1277, donde se establece que «(...) aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario».

Resulta claro que el ordenamiento jurídico español no permite el nacimiento de un negocio jurídico en el que no esté presente la causa, de manera que la teoría de los negocios jurídicos abstractos no puede ser aplicada este ordenamiento, sobre todo porque existen casos puntuales, como en el caso de la prostitución, en el que los tribunales españoles han emitido diversas sentencias tendientes a impedir el



reconocimiento de este tipo de relaciones como contratos de trabajo, por cuanto no existe causa o esta es ilícita. Sin embargo, en este momento no consideramos oportuno profundizar al respecto, ya que esta cuestión será abordada de forma exhaustiva más adelante.

En segundo lugar, el Código Civil de la República del Ecuador, publicado el 24 de junio de 2005<sup>13</sup> en el suplemento del Registro Oficial No. 46 (en adelante, CC Ecuador), en el libro IV, título II, respecto a los actos y declaraciones de voluntad, establece en el art. 1461 que

(...) 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 que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito: y, que tenga una causa lícita.

Esto implica que, al igual que en España, no existe la posibilidad legal de la existencia de negocios jurídicos en los que falte la causa. Una vez que se ha analizado la causa desde una perspectiva general, resulta indispensable profundizar en la causa del contrato de trabajo, entendido como el negocio jurídico que instrumentaliza la relación laboral.

#### **1.3.1.5. La causa en los contratos de trabajo**

Conforme se analizó anteriormente, los ordenamientos jurídicos español y ecuatoriano siguen la teoría de los negocios jurídicos causales, de manera que la causa es uno de los requisitos de existencia de cualquier acto jurídico. En esta virtud, la falta de causa genera vicios de nulidad absoluta, los cuales se analizarán con detenimiento más adelante.

En materia laboral, la causa es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y presenta varias opiniones doctrinales.

Por una parte, Alonso Olea (2008, pp. 83-84) considera que la causa del contrato laboral es una causa fructuosa, que tiene un sentido objetivo y un sentido subjetivo. Le llama causa fructuosa por ser el resultado que engendra la persona trabajadora a través de la realización de las actividades encomendadas por un tercero. Respecto al sentido objetivo, considera el mismo autor, es la finalidad esperada por el

---

<sup>13</sup> Su última reforma se realizó el 8 de julio de 2019 y fue publicada en el Registro Oficial (en adelante, RO) No. 96

ordenamiento jurídico, mientras que el subjetivo consiste en el fin real y práctico que ponen las partes.

Por lo expuesto, el autor concluye que la causa es la cesión de las actividades de la persona trabajadora a cambio de una remuneración que cancela un tercero.

Por otra parte, Vida Soria et al (2011, p. 486) sostiene que dentro de las posibles causas de un contrato laboral la que predomina es la causa cambiaria, entendida como el intercambio de salario por servicio. Señala que la causa objetiva del contrato de trabajo no es clara respecto a la finalidad que pretende el ordenamiento jurídico, ya que, para este, al estar lleno de implicaciones socioeconómicas, estas podrían ser totalmente diferentes al propósito que tendrían las partes para celebrar el contrato.

En el mismo sentido, Montoya Melgar (2012, p. 303) determina que la causa de los contratos de trabajo es el cambio entre trabajo y salario; sin embargo, considera que este cambio no puede ser en sentido estricto, sino que debe servir a una función social que se refleje en la participación de la persona trabajadora en la producción de la empresa.

Por ello, la causa del contrato de trabajo debe ser enfocada debido a los sujetos que participan en la relación jurídica, es decir, que para la persona titular de la empresa la causa es la obtención de los beneficios de la actividad de la persona trabajadora, mientras que para la persona trabajadora consiste en la obtención de la remuneración correspondiente al servicio que realiza. Así mismo, si se quiere ahondar un poco más en la causa de cada una de las prestaciones que realizan las partes, se puede decir que en el caso de la persona titular de la empresa lo que se busca es la generación de una utilidad, el crecimiento empresarial o la obtención de mercado o de cuotas en el mismo, entre otras; en tanto que para la persona trabajadora se habla de una fuente de subsistencia, generación de recursos o aprendizaje. Por ello, la causa de las prestaciones concretas forma parte de la causa macro que se estableció en el contrato.

#### **1.4. Patrimonio**

A lo largo de este trabajo de investigación hemos visto que la figura del enriquecimiento injusto y del enriquecimiento sin causa comparten un trasfondo económico que se produce siempre que haya una transferencia o movimiento de un

valor entre dos patrimonios, es decir, el resultado de esa atribución patrimonial que mencionábamos al estudiar la teoría de la causa eficiente.

De forma previa, consideramos importante analizar la definición y los elementos que conforman el patrimonio. La palabra *patrimonio*<sup>14</sup> proviene del latín *patrimonium* que significa 'bienes o conjunto de cosas corporales que pertenecen a una persona y que son adquiridos por cualquier título'.

A simple vista parece que esta definición abarca todo lo que debemos saber al respecto. Sin embargo, Herrera Villanueva (2007, pp. 78-100) pone en evidencia la existencia de un punto de discordia entre la teoría subjetiva o del patrimonio-personalidad con respecto a la teoría objetiva o del patrimonio de afectación, que desarrollaremos a continuación.

La primera teoría, denominada *clásica, subjetiva* o del *patrimonio-personalidad*, establece que el patrimonio es un atributo de la personalidad<sup>15</sup>. Aubry et Rau (1917, pp. 332 y ss.) justifican esta categorización en que el patrimonio es una universalidad jurídica que está formada por los derechos reales y los derechos personales, de manera que no estamos ante un objeto exterior, sino frente a una abstracción de la persona, en la que se conjugan sus bienes, derechos y obligaciones, sin perjuicio de que sean susceptibles de tener un valor económico.

Por su parte, Coviello (1949, p. 279) explica que esta teoría está fundada en los siguientes postulados:

- i. En la masa de bienes activos y pasivos sujetos de valoración económica que conforman el patrimonio están excluidos los bienes morales o meramente intelectuales como son el honor, la consideración o el talento.
- ii. El patrimonio requiere necesariamente de una persona que sea su titular.
- iii. El patrimonio está conformado por la aptitud económica de la persona para adquirir bienes, y por aquellos bienes que pertenecen a la persona.
- iv. Todas las personas tienen un patrimonio, ya que no importa el número de bienes o la acumulación de riqueza que tenga, sino que siempre va a tener algo que lo forme.

---

<sup>14</sup> El Diccionario Jurídico Mexicano (1198, pp. 326) lo concibe como un atributo de la personalidad consistente en un conjunto de bienes, derechos, deberes y obligaciones susceptibles de una apreciación pecuniaria, es decir, valorable en dinero, que constituyen una universalidad jurídica.

<sup>15</sup> Los atributos de la personalidad son las cualidades jurídicas que tienen todas las personas, entre las que se encuentran el nombre, el domicilio, el estado civil, la capacidad.

- v. La relación jurídica que tiene la persona con su patrimonio es el derecho de propiedad.
- vi. El patrimonio es inalienable e indivisible y solamente se transmite mediante la muerte de su titular.

Esta teoría ha sido criticada fuertemente por autores como Ferrara (1921, p. 870) o Bonelli (1960, p. 600), porque consideran que se produce una confusión entre el patrimonio y la capacidad, debido a que el patrimonio son los bienes presentes y no la posibilidad de adquirirlos, ya que, si se equipara con la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, se estaría dando la misma definición y categoría que a la capacidad jurídica. Otra de las críticas, realizada por Castán Tobeñas (1952, pp. 14-20), está encaminada a demostrar que no solo las personas tienen patrimonio, ya que existen otros casos en la legislación en que esto no ocurre. Por ejemplo, nos referimos a la herencia yacente o las fundaciones, en las que no existe una persona titular. Además, este autor criticó el principio de unidad de patrimonio, ya que por regla general se permite que una persona tenga dos patrimonios, a saber, el que adquiere como heredero con beneficio de inventario y el propio.

En nuestro criterio, esta teoría plantea una visión interesante para el derecho laboral, ya que en una relación de trabajo, el patrimonio que involucra o compromete a la persona titular de la empresa está compuesto, sin lugar a dudas, por bienes que son susceptibles de ser valorados en dinero; sin embargo, en el caso de la persona trabajadora, su patrimonio es su mano de obra o su capacidad intelectual, el cual es valorado de conformidad al sueldo que se paga por la realización de la actividad para la que fue contratado, y que depende del país en el que se encuentre.

En esta virtud, un atributo de la personalidad, que en principio es invaluable por ser intrínseco al ser humano, sí varía de persona en persona. En este sentido consideramos que el patrimonio debe ser considerado como un atributo de la personalidad, pero resulta un tanto contradictorio que algo invaluable como el nombre o el estado civil, en una relación laboral, sí tenga precio.

La segunda teoría, nos explican Alessandri *et al.* (1998, p. 505), fue denominada *teoría del patrimonio afectación, moderna u objetiva* por Alios von Brinz y Ernst Immanuel Bekker, cuyo origen se dio como producto de las críticas a la teoría subjetiva. Es en esta teoría donde estos doctrinarios alemanes utilizan, por primera vez, la expresión «patrimonios de afectación», para referirse al conjunto de bienes y obligaciones que

forman parte del patrimonio y que están unidos a la finalidad o destino económico-jurídico al que se encuentran afectas.

Esta teoría sostiene que la finalidad o destino de este conjunto de bienes y derechos es un elemento de utilidad para asegurar la continuidad, integridad y la satisfacción de los créditos e incluso limitar la responsabilidad del deudor. Además, establece la posibilidad de que una persona pueda tener varios patrimonios autónomos e independientes entre sí, lo cual permite que sean susceptibles de transmisión *inter vivos* a través de la cesión de los derechos hereditarios, o *mortis causa* como en el caso de la teoría clásica.

Esta teoría también ha sido criticada por Branca (1978, pp. 163,164), quien considera que conlleva una despersonalización de la relación jurídica, ya que por regla general una persona tiene que ser la titular, y en el caso de los patrimonios sin titular, se trata de regímenes transitorios que nacen para la conservación de los bienes. De la misma manera, explica que aquellas masas de bienes que se hayan creado para asegurar la protección de un determinado interés, como son los fideicomisos, por más que se les conceda una protección especial, lo cierto es que no implican que se pueda generar una división en la personalidad del sujeto de derecho, ya que, en estos casos, habrá siempre un constituyente y un beneficiario que, a la larga, será quien sufra la afectación patrimonial.

Desde nuestro punto de vista, el patrimonio está formado por un conjunto de bienes, derechos, deberes y obligaciones que son catalogados en pecuniarios y no pecuniarios, es decir, aquellos que son susceptibles de ser valorados en dinero y aquellos que no lo son, por lo que es necesario que tengan un titular, sea una persona natural o jurídica.

Para continuar con el estudio debemos referirnos, en primer lugar, a los elementos del patrimonio, partiendo de que está compuesto por dos elementos, el activo y el pasivo. El activo está conformado por bienes, créditos y derechos, mientras que el pasivo está conformado por deudas, obligaciones y deberes.

En segundo lugar, debemos analizar con mayor detenimiento el hecho de que el enriquecimiento injusto se produce siempre que haya una transferencia o movimiento de un valor entre dos patrimonios, pues se trata de nuestro punto de partida básico.

Para que esta transferencia o movimiento se realice es necesario que ocurran varios sucesos. El primero consiste en que exista aumento del patrimonio por una de las partes o que no se produzca una disminución en este. El segundo implica la disminución del patrimonio de la otra parte, que puede ser directa como consecuencia del enriquecimiento antes mencionado o provocada por un lucro cesante. El tercero implicaría que entre el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra exista un nexo causal.

Estos elementos forman parte de una modalidad de enriquecimiento; sin embargo, a continuación, nos adentraremos en otras modalidades de tipo positivo, negativo, directo e indirecto, en las que el movimiento entre los patrimonios se puede dar a través de la incorporación de bienes corporales e incorporeales, así como el ahorro o disminución de este.

En primer lugar, al hablar de enriquecimiento positivo debemos referirnos a la opinión de Núñez Lagos (1934, pp. 235-255), quien nos explica que el incremento patrimonial positivo se produce a través de la incorporación de un bien, de un derecho como en el caso de la plusvalía y el usufructo, de un incremento pecuniario, ya sea por explotación de una obra, uso excesivo o prolongado de una cosa. Es decir, esta incorporación, por lo que en general, debe traducirse en un beneficio susceptible de ser cuantificado en dinero, ya que, si se pretende una restitución de este, se tiene que establecer el monto por el cual se ha producido el desequilibrio y que este sea identificable con aquel recibido por la otra parte. Por ejemplo, si la persona trabajadora ve disminuido su patrimonio en 100, este valor debe ser identificable como el incremento que sufrió la persona titular de la empresa en su patrimonio, de manera que este valor debe ser concordante para que se mantenga el nexo causal.

En segundo lugar, el enriquecimiento de tipo negativo según Fábrega Ponce (1996, p. 244) se produce cuando se extingue o se reduce un pasivo por medio del pago de la obligación que pese sobre ella, como en el caso de una deuda, un gravamen o una carga. Este pago genera de manera inmediata otro tipo de gastos que, en función de las circunstancias se hubieran tenido que realizar. Esto lleva a definir esta figura como aquella acción que evita o impide que se reduzca el patrimonio.

En tercer lugar, el enriquecimiento directo es aquel que se produce por un negocio jurídico en el que intervienen dos partes, lo que implica que el resultado se da como consecuencia de un mismo proceso. En este sentido, Alessandri (1998, p. 190) explica

que no se puede hablar de actos jurídicos directos, sino de los procedimientos jurídicos que han de utilizar las partes para conseguir los efectos jurídicos deseados. La mayoría de los actos jurídicos que se realizan son directos, ya que se obtiene la consecuencia deseada por medio de una vía directa. Por ejemplo, la compraventa, la donación o cesión, entre otros.

En cuarto lugar, respecto al enriquecimiento indirecto podríamos afirmar que se produce en un negocio jurídico en el que intervienen tres partes, de tal forma que, según lo explica Fábrega Ponce (1996, p. 249), este tipo de enriquecimiento es aquel pago, servicio, prestación o derecho que se realice para beneficiar al enriquecido a través de un tercero. Por su parte, Alessandri (1998, p. 109) cataloga que los actos jurídicos indirectos consiguen sus efectos jurídicos a través de procedimientos transversales y puntualiza que no son lo mismo que los actos simulados, ya que los actos indirectos representan una situación real y visible, mientras que los actos simulados fingen la realidad.

Las modalidades antes expuestas nos permiten ampliar el abanico de supuestos en los que pueden adecuarse los resultados de un negocio jurídico, para estar en la posibilidad de identificar si son producto de un enriquecimiento injusto y, de esa manera, estar en la capacidad de solicitar su restitución.

### **1.5. Diferencias entre enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa**

Una vez que se han analizado en los puntos precedentes la historia y las definiciones doctrinarias del enriquecimiento injusto y del enriquecimiento sin causa, resulta indispensable fijar las diferencias que existen entre ellas.

Como se manifestó anteriormente, la relación que tienen estas dos figuras es de género a especie, en tanto que todo enriquecimiento sin causa es enriquecimiento injusto, pero no todo enriquecimiento injusto es sin causa. Por eso a la acción de enriquecerse se le han otorgado varios calificativos como *tortícero*, *injusto*, *sin causa*, *indebida* o *sin justificación*, entre otros, lo que genera la dificultad de identificar si estas expresiones han sido otorgadas en calidad de sinónimos o si efectivamente se trata de figuras distintas.

En este mismo orden de ideas, al referirnos al enriquecimiento injusto, nos encontramos frente a un *deber ser* de la conducta humana que está encaminado a evitar la “explotación del hombre por el hombre”, en la cual se adquiera la propiedad a

través del trabajo digno, equitativo y justo de las otras personas respetando su dignidad y en observancia de los derechos humanos, de manera que adquiere sentido haber elevado la acepción de enriquecimiento injusto a un valor constitucional, ya que se está haciendo especial énfasis en la conducta debida. Además, resulta lógico entender que este desplazamiento patrimonial debe estar enmarcado dentro de un negocio jurídico, en el cual no se necesita que este haya sido declarado nulo o inexistente para que se produzca un enriquecimiento injusto.

Si nos referimos al enriquecimiento sin causa se está hablando de un desplazamiento patrimonial que no tiene sustento en la norma jurídica, es decir, que no cuenta con una relación jurídica válida desde nuestro punto de vista, sin que esto implique o recaiga en una violación de esta.

En el caso que se está analizando, resulta entendible la razón por la cual el art. 327 de la Constitución ecuatoriana se circunscribe únicamente dentro del ámbito del enriquecimiento injusto, ya que su objetivo parecería dejar marcada la carga axiológica y del *deber ser* de la conducta. Por esa razón deja el análisis en un campo subjetivo y filosófico, que permite brindar un camino marcado hacia la construcción de la norma inferior y, sobre todo, permite entender que la razón por la cual se debe sancionar la incursión en esta conducta responde a una protección de la dignidad del ser humano para no convertirlo en un objeto del cual otro pueda sacar provecho abusivamente.

Desde nuestro punto de vista, existe un error al utilizar como sinónimos las acepciones de *injusto* y *sin causa*, ya que quedan claramente evidenciados los elementos que las diferencian sustancialmente.

Esto no implica que debemos dejar de lado el enriquecimiento sin causa, ya que, si bien nosotros hemos identificado las diferencias con el enriquecimiento injusto, no es menos cierto que en la mayoría de los pronunciamientos judiciales, que iremos estudiando a lo largo de este trabajo, lo consideran como sinónimos o, únicamente, se habla de enriquecimiento injusto para referirse a un enriquecimiento sin causa y, por ello, deviene relevante seguir estudiando estas figuras como sinónimos, aunque ya hayamos establecido que no lo son. Esto con el objeto de aportar la mayor cantidad de elementos que permitan establecer su viabilidad en el derecho del trabajo y de la seguridad social especialmente.

Si retrocedemos un poco a la historia de la aparición del enriquecimiento injusto como hicimos previamente, podemos evidenciar que su origen surge con el objeto de evitar



un resultado abusivo por una de las partes del negocio jurídico, es decir, proteger el patrimonio de los sujetos parte de la relación jurídica.

Por esto resulta indispensable revisar si en los tratados internacionales de derechos humanos existe alguna regulación que haga referencia a este principio establecido en el derecho romano.

### **1.6. Enriquecimiento injusto en Tratados internaciones referentes a los derechos humanos**

Los derechos humanos son prerrogativas que son inherentes al ser humano; sin embargo, a lo largo de la historia no siempre fueron considerados así, ya que, como nos explica, entre otros, Quispe Remón (1998, pp.1 -23) el concepto de derechos humanos que conocemos hoy es propio del derecho internacional contemporáneo, que tuvo origen con la finalización de la segunda guerra mundial y el compromiso de los Estados de reconocer y destacar los derechos del ser humano tomando como base su dignidad y el valor que tiene por ser una persona.

Pogge (2000, p. 125) considera que los derechos humanos son una categoría especial de derechos de aplicación universal, debido a que les corresponden a todos los seres humanos, están fundados en valores intrínsecos de los individuos, tales como la dignidad, la autonomía la libertad o la igualdad, así como en el hecho de que su exigencia comprende a cualquier orden o sistema social, ya sea que tenga un carácter nacional o internacional.

Estos derechos humanos están plasmados en diversos instrumentos que han sido denominados *declaraciones* o *convenciones*, los cuales comparten un sistema valorativo de fondo, cuya finalidad consiste en el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre y responden a la necesidad de garantizar la dignidad del ser humano, sea cual sea el Estado al que pertenezcan o el lugar en el que se encuentren.

En nuestro estudio vamos a circunscribir el análisis al reconocimiento que han realizado los diversos tratados internacionales de derechos humanos respecto a los derechos de los hombres en el ámbito de su patrimonio<sup>16</sup>. Esto debido a que la figura

---

<sup>16</sup> La RAE define al patrimonio como el “Conjunto de bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título”.

del enriquecimiento injusto, como ya vimos anteriormente, se encuentra enmarcada en el derecho civil patrimonial.

El primer instrumento internacional que vamos a analizar es la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, (en adelante, DUDH) en la cual se han reconocido diversos tipos de derechos humanos. En una de esas categorías se encuentran los derechos humanos de carácter patrimonial, específicamente en el número 1 del art. 17<sup>17</sup>, mediante el que se ha reconocido como un derecho fundamental de las personas el derecho a la propiedad individual o colectiva.

En este punto es indispensable remitirnos a la definición de *propiedad*, a la cual podemos considerar como una parte del patrimonio de las personas. En este sentido, cuando hablamos acerca del desplazamiento patrimonial que se produce, ya sea sin causa o de manera injustificada, de una de las partes a la otra, nos estamos refiriendo a su propiedad. Con el objeto de no dejar por sentado ciertos conceptos, resulta pertinente analizar el significado de propiedad. La RAE dice: «Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer dentro de los límites legales; cosa que es objeto del dominio».

Una vez que ha quedado clara la terminología relacionada con este asunto, debemos analizar el derecho humano a la propiedad, tanto desde el punto de vista del sistema interamericano de derechos humanos al cual pertenece Ecuador, como del sistema europeo de derechos humanos al que pertenecería España, siendo conscientes de que renunciamos al estudio de otros tratados y pactos internacionales reguladores de derechos humanos, pero advirtiendo que se realiza con motivo de restringir el objeto de estudio.

### **1.6.1. Sistema interamericano de derechos humanos**

El sistema interamericano de derechos humanos es el marco de protección de los derechos humanos para los habitantes de América. Este sistema está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Sus principales

---

<sup>17</sup> Textualmente manifiesta el art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

instrumentos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>18</sup>, la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>19</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>20</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos<sup>21</sup>, recoge un sin número de derechos. El relevante para el presente análisis se encuentra en el art. 21, que se dedica a la propiedad privada. En él se tratan tres asuntos importantes: el primero, respecto al derecho que tienen las personas al uso y goce de sus bienes; el segundo, que corresponde a que ninguna persona puede ser privada de sus bienes a menos que sea por el pago de una indemnización justa; y, el tercero que se refiere a la prohibición de la usura o cualquier otro tipo de explotación de las personas y que por su interés reproducimos literalmente, a saber: «(...) tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley».

Este último enunciado incorpora una expresión que resulta relevante para el desarrollo de la presente investigación: «la explotación del hombre por el hombre» como mecanismo para adquirir la propiedad. Esta expresión fue desarrollada por Karl Marx como parte de la teoría de la economía del capitalismo, que consistía en que la burguesía obtenía la riqueza a través del trabajo de la clase obrera, lo cual se traduce en que unos pocos se enriquecían utilizando el esfuerzo de la gran mayoría.

En este orden de ideas, Hamburger Fernández (2014, p. 85) menciona que Karl Marx percibía el capitalismo como una creación de riqueza que amenaza a la vida, ya que deshumaniza a las personas a tal punto de obligarlas a vender su fuerza de trabajo, aunque formalmente sean libres, las convierte materialmente en esclavas. En este sentido, Hamburger manifiesta que, si bien la esencia del capitalismo nace de la compraventa de la fuerza de trabajo, esta permanecerá siempre que existan personas dispuestas a vender su fuerza de trabajo y personas dispuestas a comprarla.

El hecho de que el capitalismo tenga esta esencia no implica que el socialismo o cualquier otro medio de producción elimine este problema, ya que el hecho de que el Estado se convierta en el propietario de los medios de producción y comprador de la fuerza de trabajo no implica que exista una socialización de esta.

---

<sup>18</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá-Colombia en 1948.

<sup>19</sup> Firmada en la Novena Conferencia internacional Americana del 30 de abril de 1948 en Bogotá-Colombia y entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951.

<sup>20</sup> Es también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Esta convención fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

<sup>21</sup> Ecuador suscribió la convención el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 12 de agosto de 1977.

En este mismo orden de ideas, resulta indispensable recordar que la estatización de la propiedad no elimina la clase obrera, sino que, por el contrario, la perpetúa, ya que su objetivo principal es la supresión de todas las clases, incluida la proletaria, de tal forma que resulta imposible la acumulación de propiedad por parte de los ciudadanos.

Desde nuestro punto de vista, no existe un modo de producción ideal y, sin lugar a duda, la teoría de Marx se encuentra totalmente superada. Eso sí, consideramos que existen varios aspectos del capitalismo en el que vivimos que podrían disminuir estas brechas sociales, en las que no necesariamente las personas se vean obligadas a vender su trabajo por remuneraciones irrisorias.

Con respecto a este asunto, debemos retomar lo que veníamos analizando respecto a la relación entre propiedad y usura, presentes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para analizarlo desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, que no solo se limitará a Ecuador y a las sentencias dictadas por la Corte IDH, sino que presentará criterios de otros países del sistema americano que han desarrollado este en profundidad.

La Convención Americana ha definido la usura<sup>22</sup> como una forma de explotación del hombre por el hombre. Pero no solo se ha limitado a esta, sino que lo ha plasmado en un enunciado normativo de tipo abierto, en el que pueden adecuarse otro tipo de comportamientos.

Para explicar esta afirmación debemos remitirnos a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, SCJN), la que mediante Sentencia de 19 de junio de 2015<sup>23</sup> ha definido a la explotación del hombre por el hombre como:

« (...) aquella situación en la que una persona o grupo de personas utiliza abusivamente en su provecho los recursos económicos de las personas, el trabajo de estas o a las personas mismas. Aun cuando el concepto de explotación al que hace referencia la prohibición está afectado de vaguedad, existen casos claros de aplicación del concepto, pues dicha prohibición abarca cualquier tipo de explotación del hombre por el hombre, tal y como ocurre con otras manifestaciones específicas dentro del mismo ordenamiento, tales como la esclavitud (art. 6.1), la servidumbre (art. 6.1), los trabajos forzados (art. 6.2) o la propia usura (art. 21.3). Todas estas situaciones son instancias indiscutibles de explotación del hombre por el hombre. »

---

<sup>22</sup> La usura consiste en el cobro excesivo de intereses por un préstamo.

Esta Sentencia es de suma utilidad, ya que explica varios elementos que debemos analizar detenidamente en este trabajo y que consideramos fundamentales para este estudio.

En primer lugar, se establece que la explotación del hombre por el hombre es una situación en la que están involucradas una persona o grupo de personas en calidad de participantes fuertes de la relación jurídica, por cuanto utilizan de forma abusiva a otras personas, su trabajo o sus recursos económicos para su beneficio, es decir, que reducen al grado de objetos a otros seres humanos con la finalidad de obtener un beneficio para ellos.

Por ello utiliza la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzosos o la usura como un ejemplo de aquellas circunstancias en las que se vislumbra la explotación del hombre por el hombre; sin embargo, la Sentencia es muy clara al mencionar que no solo son esos casos los únicos posibles, sino que pueden existir muchos más, debido a la vaguedad de su definición.

En lo que respecta a este punto, es indispensable no solo quedarnos en lo citado, sino analizar los argumentos que ha utilizado la SCJN para abordar el caso de la usura como mecanismo de explotación del hombre por el hombre para aportar a la presente investigación.

En segundo lugar, en Sentencia de 29 de noviembre de 2017<sup>24</sup>, la Primera Sala de la SCJN de los Estados Unidos Mexicanos estableció que en un préstamo, cualquiera que sea su forma, la ley permite que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, puedan pactar de forma libre y voluntaria el monto de los intereses, siempre y cuando «(...) una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo derivado de un préstamo», ya que esto constituiría una violación de los derechos humanos y de la Constitución mexicana.

De la misma manera, en la Sentencia se establece como un criterio de estudio la existencia de alguna situación de vulnerabilidad o desventaja con el acreedor que justifique la aceptación de un interés tan elevado por parte del deudor.

---

<sup>24</sup> Sentencia s/n, Primera Sala, 29 de noviembre de 2017, amparo directo en revisión 3800/2017. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En tercer lugar, explica que permitir un provecho abusivo a favor de la contraparte es una limitación a la garantía de un derecho humano, ya que no solo afecta al participante del negocio jurídico, sino a todos los deudores. Sin embargo, el punto más importante de la Sentencia consiste en que el acto jurídico que dio origen a la usura, es decir el préstamo, es considerado como un negocio jurídico válido y, por lo tanto, debe ser cumplido, aunque el fruto de este haya sido considerado ilegal al estar inmerso en la usura.

En este punto es indispensable determinar que los supuestos en los que se configura una explotación del hombre por el hombre pueden también generarse en negocios jurídicos perfectos, es decir, sin que existan vicios de existencia o validez susceptibles de generar su nulidad, con lo que los jueces y tribunales deberán identificar los supuestos, analizarlos y condenar que sean eliminados del negocio jurídico.

También existe la posibilidad de que una de las partes se encuentre en una situación de vulnerabilidad frente a la otra y que esto acarree la aceptación de unas condiciones abusivas, evidentemente sin que llegue a configurarse como un vicio en el consentimiento.

Con lo analizado hasta este momento, se desprende que existe una estrecha relación entre el derecho a la propiedad y el derecho al trabajo, por lo que es indispensable revisar el reconocimiento que los tratados internacionales le han brindado a este último.

La Declaración Universal de Derechos Humanos ha hecho constar en el art. 23 que los elementos básicos para la relación de trabajo consisten en su libre elección, condiciones equitativas y satisfactorias, y protección contra el desempleo. De la misma manera, se ha hecho constar el principio de *igual trabajo igual remuneración* (también enunciado como *trabajo de igual valor* en terminología del Convenio número 100 de la OIT), y la no discriminación.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha hecho constar en el art. 6 la prohibición de someter a las personas trabajadoras a la esclavitud y a la servidumbre, lo que abarca la trata de esclavos, la trata de mujeres o la realización de trabajos forzosos regulados por la ley.

El reconocimiento de estos elementos básicos en el derecho al trabajo están en perfecta concordancia con aquellos supuestos reconocidos en el derecho a la

propiedad, de tal manera que, ambos pretenden que en las relaciones jurídicas en las que participen los seres humanos, esté presente su respeto a la dignidad y, sobre todo, que sean tratados como iguales y no como objetos.

Hasta este momento podemos establecer que uno de los mecanismos mediante los cuales se puede adquirir cualquier propiedad es a través de la fuerza de trabajo de otro individuo. Por esto los Estados están en la obligación de promulgar normas que les permitan regular estas relaciones al amparo de lo que establecen los tratados internacionales.

En materia laboral, efectivamente se podrían producir casos de explotación del hombre por el hombre, y no solo con aquellos ejemplos citados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (esclavitud, servidumbre, trabajos forzados), sino algunos otros que estén inmersos dentro de la relación jurídica denominada contrato de trabajo.

Estos supuestos se analizarán con mayor detenimiento en el capítulo 3 del presente trabajo. Lo que sí resulta evidente es que en una relación de trabajo, por su propia naturaleza, existe una parte, normalmente la persona titular de la empresa, que tiene una mayor fuerza contractual, de manera que la libertad contractual de la persona trabajadora puede verse disminuida y generar la aceptación de condiciones laborales abusivas o que provoquen un detrimento en su patrimonio.

Cabe en este trabajo referirnos también a la Sentencia conocida como *caso de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs Brasil*, dictada el 20 de octubre de 2016 por la Corte IDH. En esta se analiza otro supuesto de explotación del hombre por el hombre por un caso de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, que, como bien estableció la SCNJ de los Estados Unidos Mexicanos, es otro de los casos en los que se configura este supuesto.

El caso se funda en una supuesta práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en la hacienda Brasil Verde, ubicada en el Estado de Pará. Los hechos declarados como probados consisten en que miles de trabajadores eran sometidos anualmente a trabajo esclavo. Había también amenazas de muerte en caso de abandonar la hacienda; falta de salario o existencia de un salario ínfimo; endeudamiento con el hacendado; o falta de vivienda, alimentación y salud dignas.

En Brasil se abolió la esclavitud en 1888 con la promulgación de la Ley Áurea<sup>25</sup>, pero siguió existiendo el trabajo esclavo como consecuencia de la falta de tierras propias, situaciones laborales estables, que llevaron a los trabajadores a someterse a situaciones de explotación que implicaban condiciones de trabajo inhumanas y denigrantes.

Las condiciones de trabajo en las que desempeñaban los trabajadores su actividad eran inhumanas desde el momento en que eran reclutados, ya que según lo relatado tenía que viajar tres días en bus, tren y camión en los que no existían sillas, puesto que estos eran destinados para el transporte de animales. Así mismo, cuando llegaron a la hacienda Brasil Verde, les fueron confiscadas sus identificaciones y fueron obligados a firmar documentos en blanco. De la misma manera, la alimentación que recibían era insuficiente y todo lo que consumían era anotado para realizar el descuento respectivo de su salario. Además eran despertados a las tres de la mañana para desplazarse a la plantación que se encontraba a varios kilómetros y eran obligados a trabajar en jornadas de más de doce horas.

Tomando en consideración estos aspectos, la Corte IDH explica que los elementos constitutivos del concepto esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo; y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad.

Respecto al primero, se refiere a que el fenómeno de la esclavitud se produce sin necesidad de que exista una situación de hecho o derecho, es decir, de un documento formal o una norma que lo habilite, sino que se da por el hecho de un individuo de estar sometido a otro.

En cuanto al segundo, que versa sobre el ejercicio del derecho de propiedad, la Sentencia referida expresa que

«(...) debe ser entendido como el control ejercido sobre una persona que le restrinja o le prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona. Por lo general este ejercicio se apoyará y obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción».

---

<sup>25</sup> La esclavitud en Brasil consistió en la explotación de mano de obra, principalmente negra y proveniente de África, dedicada a la producción de azúcar y minería, así como al servicio doméstico. El 13 de mayo de 1888 se promulga la Ley Áurea, en la que queda abolida la esclavitud en Brasil, siendo el último país en hacerlo, ya que la resistencia de los esclavos aunado a la creación de un movimiento abolicionista, no permitió que éste se perpetuara.



Esta afirmación, según refiere la propia Sentencia, fue construida a partir del criterio utilizado por el Tribunal Penal Internacional creado *ad hoc* para la ex Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental, en las que se hizo referencia a la explotación, entre otros<sup>26</sup>, como una de las manifestaciones de los atributos de la propiedad.

Esta Sentencia nos permite vislumbrar que, en países como Brasil, en el que aparentemente hay un respeto al sistema de derechos humanos y a la legislación laboral, en la actualidad todavía existen empresas que someten a sus trabajadores a condiciones de esclavitud, que se materializan en la falta de derechos laborales. En el caso analizado, es evidente que los trabajadores accedieron a este trabajo por medio de engaños. Pero nos estamos olvidando de que muchas veces los trabajadores aceptan este tipo de tratos por la imperiosa necesidad de conseguir una fuente de empleo y sustento.

Estos casos nos llevan a repensar el concepto de esclavitud y plantearnos una gran cantidad de interrogantes respecto a si, actualmente, en nuestros trabajos nos encontramos sometidos a un nuevo concepto de esclavitud. Estas interrogantes podrían estar encaminadas a identificar si existe un control sobre la persona trabajadora que restrinja su libertad, si existen mecanismos de violencia o coacción que lleven a despojar a la persona trabajadora de su libertad o si las condiciones de trabajo son inhumanas.

A grandes rasgos y desde nuestra óptica, el concepto de esclavitud ha evolucionado sustancialmente en la relación laboral, se ha vuelto mucho más sutil, es decir, el nivel de maltrato o sometimiento ha dejado de ser físico en gran medida. Esto no implica que haya desaparecido; por el contrario, consideramos que sí existen conductas de sometimiento por parte de los empleadores a los trabajadores, que se plasman en función de la realidad propia de los países. Consideramos que en algunos países estas conductas se han llegado a considerar normales en los ambientes laborales. El hecho de que se consideren normales, porque nos hayamos acostumbrado a ellas, no implica que sea algo permitido por la ley o que esté enmarcado dentro de los principios de *deber ser*.

---

<sup>26</sup> Se considera también como manifestaciones de los atributos de la propiedad a: a) restricción o control de la autonomía individual; b) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; la ausencia de consentimiento o libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el medio de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio.

Existen ciertas conductas que, en nuestra opinión, forman parte de la esclavitud moderna: las brechas salariales entre hombres y mujeres, en las que las mujeres realizan el mismo trabajo que los hombres, pero reciben un valor menor por remuneración; el acoso laboral; el incumplimiento de obligaciones laborales; o la flexibilidad laboral malentendida, entre otros. En este momento no consideramos pertinente analizar en profundidad estas conductas, ya que hemos dedicado todo un capítulo a ello.

Para continuar con el análisis debemos referirnos a los pronunciamientos judiciales que ha realizado el máximo Tribunal de Justicia del Ecuador respecto a la usura como mecanismo de explotación del hombre por el hombre.

En el caso de Ecuador, la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ), al igual que la SCJN, ha tratado la explotación del hombre por el hombre a través del delito de usura, como se refleja en la Jurisprudencia de 31 de enero de 2017<sup>27</sup>. En esta considera que el delito de usura es un medio de explotación del hombre por el hombre, en tanto que se ve afectado el patrimonio de la víctima, el derecho a la propiedad y la libertad de trabajo, ya que se somete y se obliga a entregar los frutos de su labor como pago al acreedor. La CNJ establece que las consecuencias de la usura son tan graves que pueden producir la privación de los bienes necesarios para la subsistencia de la víctima, así como los recursos para la reproducción de su trabajo y su forma de vida.

Uno de los argumentos más relevantes de la Sentencia, que reproducimos a continuación por su relevancia, consiste en que la CNJ considera que:

«(...) la usura es un delito que genera un sistema antieconomía bajo la falsa figura del ejercicio de la libertad de contratación que abusa de la necesidad de la víctima, la somete por vía de cobros ilegales y coercitivos, mediante la explotación que equivale a esclavitud, afectando su derecho a la libertad y limitando el proyecto de vida de la víctima y de quienes dependen de él o de ella.»

La mencionada jurisprudencia recoge los criterios establecidos por los instrumentos internacionales antes citados y los aplica en el delito de usura. Uno de los aspectos más importantes de esta consiste en el análisis que realiza respecto a que la explotación del hombre por el hombre viola la libertad de trabajo, en tanto que destina

---

<sup>27</sup> Fallo de triple reiteración delito de usura No. 01-2017, Recurso s/n, dictado por el Pleno de la CNJ, publicado en el Suplemento del RO No. 950 de 22 de febrero de 2017.

el fruto de su trabajo para un pago desmedido. El hecho de que, en el año 2017, la CNJ haya introducido este concepto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de esta jurisprudencia abre la puerta a que en próximas sentencias se pueda relacionar y aplicar con algún supuesto relacionado a la materia laboral.

### **1.6.2. Sistema europeo de derechos humanos**

El sistema europeo de derechos humanos, a diferencia del sistema interamericano de derechos humanos, es el único que genera obligaciones vinculantes para el Estado, cuya finalidad es proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros.

En este sistema existen dos principales instrumentos de protección de derechos humanos. El primero consiste en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>28</sup>, que recoge los derechos civiles y políticos; el segundo es la Carta Social Europea<sup>29</sup>, que recoge los derechos civiles y políticos; el segundo es la Carta Social Europea<sup>30</sup> que fueron realizados entre su suscripción (1961) y su revisión (1996), cuyo objeto consiste el recoger principalmente los derechos de carácter socioeconómico.

En este mismo sentido, López Guerra (2013, pp. 165-186) opina que el sistema europeo de protección de derechos humanos se diseñó desde el principio con una vocación jurisdiccional. Se estableció que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) fuera el órgano que cuente con jurisdicción, independencia e imparcialidad para resolver con fuerza vinculante respecto a controversias de derechos humanos; sin embargo, debemos tomar en consideración que, previo a acudir ante este órgano jurisdiccional, se deben agotar sin éxito todos los recursos judiciales disponibles en el Estado en que se encuentre el individuo.

En el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se establecen como conductas prohibidas las siguientes: «1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o

---

<sup>28</sup> El Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 1953. España lo suscribió el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979.

<sup>29</sup> La Carta Social Europea fue promulgada en Turín en 1961 y ratificado por España en 1980. Sin embargo, existió una revisión en 1996 que firmó España el 23 de octubre de 2000 pero que se encuentra en proceso de ratificación, por la necesidad de adaptar algunos aspectos de su legislación interna.

<sup>30</sup> Los protocolos adicionales se realizaron en 1988, 1991 y 1995, y son conocidos como una evolución de la Carta Social de 1961, cuyo objeto fue mejorar el alcance de los derechos sociales que fueron reconocidos en esta.

servidumbre; 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzoso y obligatorio». Esto implica que, a diferencia del sistema interamericano, no se utiliza el término *explotación del hombre por el hombre* en general, sino que se utilizan directamente los supuestos de trabajo forzado y esclavitud.

Este artículo refleja que la esclavitud y el trabajo forzado son actividades que legalmente están prohibidas; sin embargo, según datos provistos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>31</sup> en 2013, últimos datos localizados al respecto en la UE, estas prácticas siguen presentes en Europa y afectan a la diversas industrias y sectores como el textil, el hotelero, el empleo doméstico, la construcción y el agrario.

En este mismo sentido, la OIT en 2017<sup>32</sup> (últimos datos encontrados, salvo error u omisión de nuestra parte), expuso que aproximadamente cuarenta millones de personas fueron víctimas a esclavitud moderna, de los cuales casi veinte y cinco millones son víctimas de trabajos forzados. De estos veinticinco millones, aproximadamente dieciséis millones son víctimas de explotación por parte de empresas o particulares, mientras que aproximadamente cuatro millones son sometidas a estas prácticas por parte de los Estados. De la misma manera, la organización internacional estima que, en los últimos cinco años, ochenta y nueve millones de personas fueron sometidas a alguna forma de esclavitud moderna.

En cuanto a la división regional que realizó la OIT, se estableció que, en todas las regiones del mundo, se registraron casos de esclavitud moderna, prevaleciendo África en el que se estima que son 7,6 por cada 1000 personas, seguido de Asia y el Pacífico, donde se calcula que son víctimas de estos casos 6,1 por cada 1000, y Europa y Asia Central, con 3,9 por cada 1000.

En el caso de trabajo forzado, la presencia es mayor en Asia y en el Pacífico con, 4 de cada 1000 personas, seguido de Europa y Asia Central con 3,6 por cada 1000, África con 2,8 por cada 1000, Estados Árabes con 2,2 por cada 1000 y, por último, América con 1,3 por cada 1000.

Respecto a cifras de esta serie publicadas con anterioridad por la OIT, autores como Davidov (2016, pp. 61-62) o Mantouvalou (2012, pp. 20-22) señalan que estas

---

<sup>31</sup> Estos datos se consignaron en el *Parliamentary Assembly resolution 1922 de 2013*, Párr. 2.

<sup>32</sup> Estos datos se tomaron de la publicación "*Estimación mundial sobre la esclavitud moderna: Trabajo forzado y matrimonio forzado*", realizada por la OIT en 2017, que se puede consultar en el siguiente enlace:

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_651915.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_651915.pdf)

conductas son las que confirman la necesidad de tener un derecho laboral que esté presente en el ámbito empresarial. Señalan también que, si estas conductas son tan comunes en las relaciones laborales, es necesario un cambio en la ley, ya que se está llegando al punto de que el hombre deja de ser un fin en sí mismo y se convierte en un medio productivo, de tal manera que ha puesto en peligro su propia dignidad.

Tal y como se ha consignado en los datos antes expuestos, en Europa esta realidad no es ajena, hasta tal punto que el TEDH ha dictado varias sentencias condenatorias a diversos Estados<sup>33</sup> por violar el art. 4 de la CEDH.

Una de las sentencias dictadas por el TEDH respecto a la violación del art. 4 de la CEDH que más nos llamó la atención a lo largo de la investigación fue la denominada *Siliadin c. Francia*, que fue dictada el 26 de julio de 2005<sup>34</sup>. Por su particularidad, la comentamos, brevemente, a continuación.

Los hechos probados en el caso consisten en que una ciudadana que provenía de la República Togolesa llamada Siwa-Akofa Siliadin llegó a Francia a los 15 años acompañada de una amiga de nacionalidad francesa que le prometió regularizar su estatus migratorio y proveerle educación. Esta señora no cumplió ninguna de sus promesas y, por el contrario, le obligó a realizar tareas domésticas en su casa hasta que cubriera el valor que se había destinado para pagar el boleto de avión.

Al cabo de unos meses, esta señora entregó a la adolescente a una pareja de ciudadanos franceses, para que realizara actividades domésticas por un tiempo determinado, que estaba condicionado a que la señora diera a luz al bebé que estaba esperando. Este periodo de tiempo finalmente se convirtió en una estancia permanente, en la cual la adolescente pasó a servir a la familia en una jornada de aproximadamente quince horas diarias.

Las condiciones en las que se encontraba la adolescente eran del todo inhumanas, debido a que no tenía días de descanso ni salario (de lo relatado en la Sentencia, a lo largo de toda la relación laboral recibió dos pagos por 500 francos por parte de la

---

<sup>33</sup> “*2Rantsev c. Chipre y Rusia*, no. 25965/04. [TEDH, Sección I], 7 de enero de 2010; *Siliadin c. Francia*, no. 73316/01. [TEDH, Sección II], 26 de julio de 2005; *C.N. y V. c. Francia*, no. 67724/09. [TEDH, Sección V], 11 de octubre de 2012; *C.N. c. Reino Unido*, no. 4239/08. [TEDH, Sección IV], 13 de noviembre de 2012; *Chitos c. Grecia*, no. 51637/12. [TEDH, Sección I] 04 de junio de 2015; *L.E. c. Grecia*, no. 71545/12. [TEDH, Sección I], 21 de enero de 2016.”

<sup>34</sup> Sentencia No. 73316/01, dictada por el TEDH el 26 de julio de 2005 y obtenida a través del siguiente enlace electrónico: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/siliadin\\_v\\_france\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/siliadin_v_france_en_4.pdf)

madre de su empleadora), unido a que vestía ropa vieja, dormía en un colchón en el suelo de uno de los dormitorios y solo se le permitía salir a misa los domingos.

Una de las vecinas de la pareja denunció este comportamiento ante las autoridades francesas, quienes en primera instancia condenaron a la pareja a doce meses de prisión, mientras que en segunda instancia fueron absueltos. El Tribunal de Casación revocó la Sentencia de apelación y condenó a la pareja porque consideró que eran culpables de obligar a que una persona considerada como vulnerable y dependiente trabajase de manera gratuita y ordenó el pago de una indemnización de 15 245 euros por concepto de daños y perjuicios.

La solicitante, por encontrarse disconforme con la Sentencia dictada del máximo Tribunal francés, acudió al TEDH alegando una vulneración del art. 4 de la CEDH, por cuanto consideró que el derecho a no ser sometida a servidumbre o trabajos forzados era un derecho absoluto.

Este Tribunal partió haciendo un análisis respecto al marco normativo internacional sobre la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado. Uno de los argumentos más importantes consistió en considerar la esclavitud como una actividad que fue abolida desde hacía más de 150 años. Se señaló que en Europa persiste la esclavitud doméstica, en la cual las más afectadas son las mujeres, de manera que el TEDH sostuvo que los Estados tienen la obligación de penalizar y perseguir todo acto que mantenga a una persona en servidumbre o esclavitud.

En cuanto a la violación del art. 4 por parte del Estado francés, el TEDH consideró que era necesario analizar la definición de trabajo forzado y de servidumbre a fin de determinar si la adolescente estuvo inmersa en estas conductas. Respecto al trabajo forzado, el TEDH lo definió como

« (...) cualquier trabajo o servicio exigido de un individuo bajo amenaza de un castigo o pena que le impide abandonar su actuación. Trabajo forzado u obligatorio evoca una idea de miedo físico o moral. El trabajo forzado ha de ser realizado en contra de la voluntad. »

Por eso que concluyó que la adolescente sí había sido sometido a ese tipo de trabajo.

Por lo que respecta a la esclavitud, los jueces se remitieron a la Convención sobre la Esclavitud de 1927<sup>35</sup> y llegaron a la conclusión de que la pareja que era empleadora de la adolescente no llegó a ejercer un derecho de propiedad sobre ella, de manera que no se llegó a generar una esclavitud *per se*.

Al hacer un análisis respecto a la servidumbre, el Tribunal sostuvo que esta actividad, en términos generales no se encontraba prohibida, siempre y cuando no se negara la libertad de la persona o se realizaran actividades que tendieran a ejercer la propiedad de esta. El TEDH consideró que las condiciones en las que se encontraba la adolescente sí se adecuaban a una servidumbre prevista por el art. 4 de la Convención, debido a que trabajó quince horas diarias, siete días a la semana durante muchos años, en el que un factor determinante fue que no existió una libertad de trabajo, ya que la adolescente fue llevada a Francia con engaños y, a la vez, fue entregada, como si fuera un objeto, a la pareja que fue su empleadora.

En lo que respecta a la afectación a su libertad, el TEDH fue enfático en determinar que esta no existía, ya que no estaba en posibilidad de salir a la calle sino solo un día a la semana, no tenía posibilidad de vivir en otro lugar o tener acceso a su documentación, ya que había sido confiscada.

Todos estos argumentos llevaron al TEDH a determinar que Francia había violado el art. 4 del CEDH. Si bien Francia había cumplido de manera deficiente con sus obligaciones positivas, lo cierto es que en su legislación penal no se encontraba tipificada la servidumbre o la esclavitud como delitos. En cuanto al cumplimiento deficiente de sus obligaciones positivas, el TEDH estableció que la protección del Estado debía materializarse en una legislación disuasoria, en especial cuando la víctima era un menor o una persona vulnerable, lo cual no se adecuaba con la regulación penal vigente en ese momento, por cuanto no se había construido de conformidad con el art. 4 de CEDH.

Según nuestro criterio, esta Sentencia, aunque describe una situación que, por desgracia no es única ni excepcional, es muy importante para entender el alcance del art. 4 de la CEDH, ya que permite tener claros los conceptos de estos términos y los supuestos en los que podrían llegar a adecuarse estas conductas. De la misma

---

<sup>35</sup> El convenio fue aprobado por la Sociedad de Naciones y firmado en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y entró en vigor el 9 de marzo de 1927.

manera, fijó los lineamientos mediante los que deberían conducirse los Estados para adecuar las normas inferiores con los tratados internacionales.

En lo que respecta al caso específico, nosotros sí consideramos que la conducta en la que incurrieron los empleadores de la adolescente era esclavitud, ya que redujeron a su trabajadora a la calidad de un objeto que adquirieron de un tercero. De la misma manera, impedían que saliera a la calle con normalidad y tuviera acceso a sus documentos o a los derechos más básicos como recibir educación. Discrepamos, por lo tanto, con el argumento vertido por los jueces y consideramos que no fue correcto utilizar un concepto de esclavitud que no era aplicable a la época, ya que se estaba utilizando un instrumento de hacía más de ochenta años. En esta virtud, consideramos que no solo se había sometido a la adolescente a conductas de servidumbre y trabajo forzoso, sino que también se había configurado una esclavitud, moderna, pero esclavitud al fin y al cabo.

Esto demuestra que las condiciones en las que trabajaba esta adolescente bajo ningún aspecto podían ser consideradas como una relación laboral amparada por la ley y, mucho menos, en cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos europeos, ya que existía una afectación directa a otros derechos humanos como la libertad o la dignidad personal, debido a que dormir en un colchón en el piso de uno de los cuartos, sin la más mínima privacidad, o utilizar harapos atenta contra los derechos más elementales de una persona, sin mencionar el hecho de que no recibía una remuneración por el trabajo doméstico que realizaba.

En el caso específico de España consideramos importante analizar el criterio que ha sostenido el Tribunal Supremo Español (en adelante, TS español) desde la perspectiva laboral y penal, respecto a la esclavitud del siglo XXI, que consiste en la realidad que viven aquellas mujeres que están en clubs de alterne sirviendo bebidas y a la vez ejercen la prostitución, ya sea de forma libre u obligada.

Para analizar estas posturas, vamos a centrar el análisis en dos sentencias: la dictada por la Sala Penal del TS español el 24 de julio de 2019<sup>36</sup> y la dictada por la Sala

---

<sup>36</sup> STS 2572/2019, Sala de lo Penal, 24 de julio de 2019, R. de casación nº 10619/2017. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.



Laboral o de lo Social del TS español el 21 de diciembre de 2016<sup>37</sup>, sin perjuicio de que el tema a tratar no se agota con el siguiente análisis.

En la primera, los hechos que se sometieron a conocimiento de la sala son producto de la interposición de un recurso de casación por infracción de ley en contra de la sentencia dictada el 29 de junio de 2018 por la Sección No. 5 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los hechos que fueron probados en el proceso consisten en que cuatro mujeres, dos de ellas menores de edad, fueron contactadas en Nigeria para ofrecerles oportunidades de trabajo y estudio en España, a lo que accedieron después de haber sido sometidas a rituales de brujería, de manera que dos personas se encargaron de acompañarlas en su viaje hasta llegar a Madrid.

Al arribar, las mujeres se encontraron ante una realidad diversa a la que les fue prometida, ya que los proxenetas que las habían llevado a Madrid les exigían el pago de una deuda que ascendía a los 50 000 euros por gastos de viaje, además les despojaron de sus pasaportes, teléfonos móviles, las golpearon y les prohibieron contactar con sus familias o salir a la calle sin su compañía.

El proxeneta les hizo saber que para pagar la deuda debían obedecerle en todo lo que dijera y trabajar en la prostitución en un club de alterne, a fin de que pudiesen llegar a abonar 1000 euros semanales; en caso contrario les reprendería, Para el mes de agosto de 2012, las mujeres ya habían pagado la deuda, así como otros gastos que les eran exigidos, pero no se les devolvieron sus documentos hasta 2013. Como resultado de todos estos hechos las mujeres presentaron afectaciones psicológicas graves.

El análisis de la sala es muy extenso respecto al principio de presunción de inocencia y la valoración de la prueba, que fueron los principales motivos en que se fundó la casación. Para este trabajo resultan relevantes los argumentos vertidos respecto a la esclavitud del siglo XXI que, en su criterio, se da en los clubes de alterne de ciertas carreteras del país.

La Sentencia es clara al mencionar que no hay que irse a lugares lejanos para observar la esclavitud del siglo XXI, ya que esta ocurre a lo largo de los márgenes de

---

<sup>37</sup> STS 5723/2016, Sala de lo Laboral, 21 de diciembre de 2016, R. de casación para unificación de doctrina No. 1868/2015. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

sus carreteras. En el interior de los clubes de alterne se practica la prostitución forzada, las mujeres son esclavizadas y son tratadas como una mercancía que se compra y se vende entre estos establecimientos. En la Sentencia se indica textualmente que las mujeres eran:

*«(...) obligadas a ejercer la prostitución en diversos clubs de alterne, salpicados por la geografía nacional, a modo de lugares donde la dignidad humana carece de la más mínima significación, con tal de obtener el beneficio para el cual las mujeres han sido traídas como si fueran seres cosificados, de los que se intenta obtener el máximo rendimiento económico, mientras tales personas se encuentren en condiciones de ser explotadas.»*

De lo expuesto se evidencia que, según criterio de la sala penal, existen en España casos de esclavitud moderna, en los que un ser humano somete a otro a una explotación sexual a través de la prostitución a fin de conseguir un beneficio económico. Si bien no podemos llegar a determinar el número de casos en el país, pues se mueven dentro de la informalidad laboral o economía en negro o sumergida, lo cierto es que es un tema de coyuntura que es materia de análisis recurrente por parte de los tribunales.

En la segunda Sentencia referenciada, la de la Sala de lo Social del TS, nos encontramos ante un recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que se analizó la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el 12 de marzo de 2015.

Los hechos probados versan respecto a que un grupo de mujeres estaban realizando actividades de alterne en un club. Esta actividad consistía en la captación y el entretenimiento de clientes para conseguir que consumieran bebidas dentro del local a cambio de una contraprestación económica derivada de la cantidad que hubieran consumido los clientes.

Estas actividades estaban enmarcadas en un acuerdo previo entre el dueño del lugar y las mujeres, que comprendía un horario de actividades que coincidía con el de funcionamiento de lugar, así como los días de descanso, a cambio de recibir como remuneración un porcentaje del consumo de bebidas que hiciera el cliente, que variaba en función de si estas eran con o sin alcohol.

El proceso dio inicio por una inspección de trabajo en la que se determinó que existía una relación laboral entre el dueño del club y este grupo de mujeres, lo cual derivó en un acta de sanción. Este documento fue anulado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo No. 1 de Ciudad Real el 30 de mayo de 2011, y en recurso de súplica fue conocido por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, cuya Sentencia, dictada el 12 de marzo de 2015, desestimó ese recurso.

En cuanto a los argumentos de fondo, la sala del TS se vio en la necesidad de analizar las figuras de alterne y prostitución que se ejercían en los diversos clubs, a fin de determinar si ambos eran sujetos de ser reconocidos como relación laboral. En cuanto a la prostitución, se dejó claro que esta relación era directa entre las mujeres y los clientes, por más que se realizara en habitaciones alquiladas dentro del club o que el enganche se diera utilizando al alterne como medio de contacto, ya que el pago era efectuado directamente por el cliente.

Por ello, resultaba imposible que tal actividad fuese reconocida como una relación laboral, ya que se trataba de un objeto ilícito en el que, si se generaba una dependencia y ajenidad, estaríamos frente a una conducta considerada como delictiva, unido al hecho de que el dueño del local no ejercía control ni retribuía a la mujer por su actividad directa con el cliente.

Por el contrario, en el alterne sí existe una relación laboral porque concurren los elementos de ajenidad, dependencia y remuneración necesarios para que se configure, además de que el objeto del contrato consistente en la captación y el entretenimiento de clientes con el fin de inducirles a realizar consumos de bebidas no está considerado como ilícito en el ordenamiento jurídico.

En esta virtud, la sala concluye que en el caso del alterne la relación es laboral; sin embargo, si esta lleva acompañada al ejercicio de la prostitución, no se puede considerar el tiempo dedicada a esta actividad como tal, aun cuando las mujeres tengan que adaptarse al horario de apertura del local.

Una vez que se han analizado las dos sentencias dictadas por las diversas salas del TS español, es claro que, mientras la Sala Penal considera a la prostitución forzada en los clubs de alterne como una actividad que forma parte de la esclavitud del siglo XXI, por su parte la Sala Social se niega a reconocer a la prostitución libre como una relación laboral porque su objeto es ilícito.

Estos criterios nos presentan una problemática que la ley ha sido incapaz de resolver hasta el momento, ya que por una parte se reconoce que la prostitución en los clubes de alterne son un mecanismo que se utiliza para viabilizar una trata de personas o una explotación sexual; por otra parte, no se prevé ningún tipo de derechos para aquellas mujeres que ejercen esta actividad, ya sea de manera forzada o libre.

Respecto a esta problemática, es evidente que hay que dividir el análisis en dos partes. La primera, respecto a que la prostitución forzada que se ejerce en estos clubes, es evidentemente un delito; la segunda respecto a la prostitución que se ejerce de forma libre por parte de cierto grupo de mujeres, en el que no es necesario el uso de coacción física o psicológica para realizarlo.

En este segundo supuesto, no podemos dejar de reconocer que, desde el punto de vista jurídico, es imposible que la ley laboral reconozca a esta actividad como objeto de un contrato de trabajo. Aunque en la práctica, al reconocer que solo una parte de las actividades (alterne) que se realizan en estos clubes es legal, y por el contrario, otra parte de las actividades (prostitución) no tiene ningún tipo de regulación, pero tampoco es considerada como una actividad ilícita, se deja al ser humano desprovisto de una protección jurídica y se permite que se siga generando una economía sumergida.

En nuestro criterio, reconocer a las actividades de alterne como relación laboral es haber encontrado el supuesto para dotarle de legalidad a una actividad que es ilegal, ya que se puede utilizar la figura del alterne como una simulación para camuflar una actividad puramente de prostitución. De manera que no se genera una violación legal, pero se dota de herramientas para que exista una protección jurídica para el grupo de mujeres que ejercen esta actividad. Lo óptimo sería que el Estado implemente programas de atención social para que tales actividades sean eliminadas, ya que consideramos que, en cualquiera de los casos, por las condiciones en las que se encuentran, estas actividades sí deben ser consideradas como parte de una esclavitud moderna.

Para concluir con este capítulo, debemos recapitular de forma breve lo anteriormente señalado respecto al papel que los instrumentos de derechos humanos, sobre todo los del sistema interamericano de derechos humanos, han desempeñado y cómo han influido para entender el ámbito de protección del enriquecimiento injusto en materia laboral en Ecuador.

En nuestro criterio, la expresión *la explotación del hombre por el hombre*, utilizada en la Convención Americana de Derechos Humanos para referirse al derecho a la propiedad, es uno de los elementos claves en este estudio, ya que consideramos que la prohibición de enriquecerse injustamente se complementa con la prohibición de adquirir la propiedad a través de una explotación a otro ser humano, que no solo se puede dar a través de la usura, sino que tiene estrecha relación con el derecho laboral, porque es evidente que también se podría generar una *explotación del hombre por el hombre* a través de una relación laboral, en la cual el patrimonio que está comprometiendo la persona trabajadora consiste en su mano de obra o su intelecto.

Basándonos en todos los elementos, podemos llegar a una conclusión preliminar, que está sujeta a revisión con lo que analizaremos más adelante, respecto a que la intención del legislador ecuatoriano era evitar que se produjese cualquier tipo de *explotación del hombre por el hombre* en una relación laboral, de manera que introdujo la figura del enriquecimiento injusto como un valor dentro del sistema jurídico, y así dejar claramente establecido lo que era una conducta del *deber ser*.

## **Capítulo II**

### **Tratamiento doctrinario**

En este capítulo nos encargaremos de desarrollar los diversos enfoques en los que se presenta el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa, para lo que hemos dividido su estudio en tres partes. La primera, en la que estudiaremos el enriquecimiento injusto como principio general del derecho; la segunda, en la que analizaremos el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones; y, la tercera, en la que nos focalizaremos en el enriquecimiento injusto como acción. Este análisis se basará, en su mayor parte, en los estudios doctrinarios que se han realizado y también se hará referencia a ciertos criterios jurisprudenciales dictados en relación con cada uno de estos asuntos. Al finalizar el capítulo extraeremos algunas conclusiones significativas al objeto de nuestro estudio.

#### **2.1. Enriquecimiento injusto como principio general del derecho**

A los principios generales del derecho se les concibe únicamente como una fuente del derecho, pero su función no puede estar limitada a esta, ya que su papel en los ordenamientos jurídicos es mucho más relevante, como se explica a continuación.

Estos principios son la base sobre la que está sostenida la organización jurídica de un país, cuya característica esencial es la permanencia, pero también su capacidad de cambiar, ya que esta depende de la evolución jurídica. Según Leguina Villa (2000, pp. 8-15), los principios generales del derecho expresan y articulan desde un punto de vista técnico los valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opciones básicas de cada sistema jurídico. Por ello afirmamos que no pueden ser inmutables.

Los principios generales del derecho cumplen diversas funciones para el ordenamiento jurídico. La primera consiste en que son los que sustentan y dotan de coherencia a las instituciones, por lo que, incluso, sirven para llenar lagunas o ayudan a interpretar las normas; la segunda es que permiten ofrecer criterios de interpretación y aplicación para resolver cuestiones relevantes, ya que no son meras máximas empíricas o sacramentales, sino justamente principios ontológicos que nacen de la experiencia de la vida jurídica.

El hecho de que estos cumplan estas funciones en el ordenamiento jurídico y que se acostumbre a concebirlos como parte del derecho no escrito no implica la

imposibilidad de estar incorporados dentro del texto legal y que, por ello, pierdan su calidad o alguna de sus funciones.

Según Petrova Georgieva (2018, pp. 99-102), la acepción de principio general del derecho es tan amplia que podemos llegar a considerarla tanto la base o fundamento del ordenamiento jurídico como el fin u objetivo de una norma jurídica, o incluso un axioma o postulado axiomático y una disposición jurídica de carácter programático que fija las pautas de una conducta justa. Sin perjuicio de esto, deja claramente establecido que estos son totalmente diferentes a las normas o reglas jurídicas.

El principio general del derecho en la materia de estudio de esta tesis doctoral es la prohibición de enriquecerse en perjuicio de otro. Respecto a este, Peñailillo Arévalo (1996, pp. 9-12) establece que el enriquecimiento injusto tiene alto contenido axiológico y que su correcta denominación debería ser: «(...) el principio de repudio (o rechazo) al enriquecimiento sin causa», porque, según el autor citado, cumple las siguientes funciones en el mundo jurídico, a saber: i) Una labor preventiva, como argumento para evitar que cierta situación se configure; y ii) Un elemento de interpretación de normas oscuras, para descartar aquella alternativa de interpretación con la cual la regla estaría consagrando un enriquecimiento sin causa.

De la misma manera, en el ámbito de los contratos consideramos que es aplicable para la resolución de conflictos respecto a su ejecución o interpretación, por lo que puede ser utilizado como argumento para fundamentar reclamaciones judiciales en esta materia.

Algunos doctrinarios consideran que este enunciado es una regla moral y otros afirman que se trata de un principio general del derecho.

Los autores Álvarez-Caperochipi (1993, p. 21) y Díez Picazo (1996, p. 41) son los principales críticos en cuanto a la consideración del enriquecimiento injusto como principio general del derecho.

El primero (Álvarez-Caperochipi) considera que el principio general del derecho es una regla moral cuya funcionalidad no puede estar limitada únicamente a la moralidad y a la ética, sino que deben seguir un proceso de tecnificación para incorporarse a la esfera jurídica. Manifiesta, además, que esta tecnificación debe consistir en la conceptualización y definición de sus supuestos de manera estricta con el objeto de evitar un «(...) vulgarismo jurídico, y de convertir la aplicación del derecho en mero

capricho de burócratas, que hacen de su deseo norma por medio de la llamada a los grandes y abstractos principios morales».

El segundo (Díez Picazo, 1996, p. 41) argumenta la imposibilidad de situar el enriquecimiento injusto como un principio general del derecho, ya que podría recaer en una mera declaración general llena de vaguedad y que no gozaría de la fuerza necesaria para su aplicación, lo que a su modo de ver genera una peligrosidad de caer en lo abstracto. Lo que evidencia que el principio de derecho se presenta, en su opinión, como:

- i. Regla moral que sirve como fundamentación.
- ii. Guía para la construcción de otras normas jurídicas.
- iii. Instrumento para explicar o entender otras figuras jurídicas.

También necesitaría una incorporación al ordenamiento jurídico para que sean efectivamente aplicables.

Nosotros consideramos que esta discrepancia, únicamente, proviene de dos fases de su evolución, ya que creemos que la prohibición de enriquecerse en perjuicio de otro nació como una regla moral, pero que, posteriormente, fue evolucionado hasta convertirse en un principio general, cuya aplicación se ha extendido hasta convertirse en un principio normativo. También consideramos que los principios generales de derecho son sumamente relevantes y juegan un papel muy importante dentro de los ordenamientos jurídicos, ya que es indispensable tener presentes las conductas del *deber ser*, por cuanto la norma no puede encargarse de regular cada aspecto de la vida humana.

Esto, unido a la aparición de nuevas figuras jurídicas frente a la lentitud con la que las normas las van regulando, hace que los principios generales del derecho, al ser la base de cualquier ordenamiento jurídico, permitan que su interpretación o aplicación directa resuelva las necesidades de las partes.

Una vez que se ha dejado claramente establecida la definición y las principales características de los principios generales del derecho y su relación con el enriquecimiento injusto, resulta pertinente abordar el tratamiento que le dan las legislaciones, materia de este estudio, a estos principios, esto es, las de España y Ecuador.



En el caso de España, como se mencionó anteriormente, se tiene la concepción de que los principios generales del derecho forman parte de derecho no escrito. Esto, sin embargo, no implica que estos no puedan estar incorporados dentro del texto legal. En el caso de España, este es un fenómeno cada vez más recurrente.

En la Constitución de 1978 justamente se constitucionalizaron una parte muy significativa de los principios generales del derecho, lo que Leguina Villa (2000, pp. 11-13) justifica señalando que su incorporación ha permitido resolver un problema teórico y práctico relativo al valor de esos principios, ya que estos quedan dotados de la superioridad normativa formal que brinda la Constitución.

El Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC), en la Sentencia de 2 de febrero de 1981<sup>38</sup>, estableció que todos los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen valor normativo y no meramente programático, lo que implica que forman parte integrante del ordenamiento jurídico, y que su interpretación debe ser de acuerdo con estos.

La función que le da la legislación española a los principios generales del derecho consiste en otorgarles la categoría de fuente de derecho, como se evidencia en el CC español.

El art. 1 número 1 del mencionado cuerpo legal establece que «(...) las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Esto, se encuentra en concordancia con el texto presente en el número 6 del mismo artículo, que manifiesta: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS español al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Por ello, podemos concluir que en el derecho español la función de los principios generales del derecho, que no forman parte del ordenamiento jurídico, es la de aplicación subsidiaria con el objeto de cubrir lagunas o interpretar de mejor manera la ley, así como los contratos o las relaciones entre particulares, entendida en un sentido amplio.

En la legislación ecuatoriana, al igual que en la española, se ha producido una *constitucionalización (sic.)* de los principios generales del derecho, así como de las

---

<sup>38</sup> STC 4/1981 Pleno del Tribunal Constitucional Español, Recurso de inconstitucionalidad No. 186/1980; Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.

normas inferiores. En el presente epígrafe únicamente nos referiremos al tratamiento que realiza la Constitución ecuatoriana de los principios generales del derecho.

El art. 425 de la CRE le otorga la calidad de fuentes del derecho tanto a la propia Constitución como a los tratados internacionales, las normas regionales, las ordenanzas y acuerdos. Esto implica que no se incorporan directamente las otras posibles fuentes de derecho como son la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la costumbre o la equidad, por lo que su aplicación directa e inmediata se imposibilita en apariencia.

Únicamente en el caso de la costumbre, el ordenamiento jurídico, específicamente en el art. 2 del CC Ecuador, se refiere a que: «(...) la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella». En lo que respecta al resto de principios generales del derecho es omiso el legislador en otorgarle ningún tipo de valor o categoría de aplicación supletorio.

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE), el órgano encargado de realizar un control constitucional, a través de la Sentencia de 23 de julio de 2009<sup>39</sup> ha determinado que las fuentes del derecho están enmarcadas en dos categorías: la primera, corresponde a las fuentes obligatorias que son las anteriormente mencionadas y recogidas en el art. 425; la segunda, incorpora las denominadas fuentes auxiliares que son la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina.

De los criterios analizados, se puede deducir que el principio general del derecho es una manera de representar la justicia, pero en abstracto, que debe ser incorporada necesariamente al ordenamiento jurídico. Esta incorporación se debe realizar utilizando la técnica legislativa, ya que el derecho no puede quedarse en la simple voluntad, en presumir o asumir lo que se busca regular, sino que debe recoger esos principios para convertirlos en una norma de aplicación directa que contenga consecuencias jurídicas específicas y determinadas para quienes lo violenten.

De la misma manera, no se puede agotar únicamente con su invocación en un determinado proceso judicial, sino que es indispensable comprobar la fuente de la acción, sus requisitos y sus elementos constitutivos, para así garantizar que se puedan aplicar los postulados de equidad y justicia que lo sustentan.

---

<sup>39</sup> SCCE 003- 09- SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, Acción pública de inconstitucionalidad No. 0021-09-IA; Ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.

## 2.2. Enriquecimiento injusto/sin causa como fuente de las obligaciones

El segundo asunto que abordaremos en este capítulo es el estudio de la figura del enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones. La rama del derecho en la que se va a circunscribir este epígrafe es la contractual, por lo que corresponde analizar en profundidad la definición de obligación, las fuentes clásicas y modernas de las obligaciones y las particularidades propias del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.

Como se había mencionado anteriormente, la doctrina utiliza las acepciones de *injusto* y *sin causa* como sinónimos. En este capítulo es en el que más resulta patente la falta de distinción entre ellos. Por eso hemos unificado el título del presente epígrafe. No obstante, este uso no implica que hayamos desconocido todas las diferencias que existen, que ya fueron explicadas anteriormente.

Únicamente para dotar de contexto y contar con los elementos suficientes para entender los conceptos que se estudiarán más adelante, debemos retomar el origen del enriquecimiento injusto. Anteriormente, se hizo referencia a que en el derecho romano existió una *condictio in rem verso*, una acción de carácter cuasi contractual que tenía como objeto restablecer el equilibrio patrimonial.

Esta acción fue el punto de partida para enmarcar al enriquecimiento injusto dentro del ámbito de los cuasicontratos, específicamente en el cuasicontrato de los negocios ajenos, aunque no contaba con un desarrollo significativo. En Francia, a partir del caso Patureau frente a Boudier<sup>40</sup>, el enriquecimiento injusto se convierte en una figura autónoma sustentada en el valor de equidad. Específicamente en la Sentencia de casación dictada se estableció que «(...) esta acción deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de otro».

Este hecho fue determinante para considerar el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones, por cuanto se inserta el deber que tiene el enriquecido de restituir el patrimonio adquirido de forma abusiva o sin causa, lo que es en sí mismo una obligación.

---

<sup>40</sup> STS 93,1,281. Chambre civil, arrêt cour de cassation DP 92,1,596 du 15 de june de 1892, haut-parleur: n/a. Se puede consultar la versión electrónica de esta sentencia en el enlace: [https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu\\_fiches/Prive/Droit\\_et\\_morale/GAJCReq15juin1239.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Prive/Droit_et_morale/GAJCReq15juin1239.pdf).

Para entender de mejor forma el tipo de obligación que se genera y cuáles son las implicaciones de que el enriquecimiento injusto sea una fuente de estas, debemos comenzar por estudiar la definición, los elementos y las fuentes de las obligaciones.

### 2.2.1. Definición y elementos

La palabra *obligación* viene del latín *obligatio* que significa 'ligar', 'atar alrededor de algo', por lo que, a partir de esto, algunos doctrinarios lo han definido de diversas maneras.

Entre ellos, Claro Solar (1992, p. 5) define *obligación* como «(...) vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra el beneficio de un hecho o de una abstención determinada y susceptible generalmente de apreciaciones pecuniarias».

Por su parte, Colin y Capitant (1924, p. 1) lo definen como «(...) necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta respecto de otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o una obligación».

Por último, Parraguez Ruiz (1986, p. 7) considera la obligación como:

«(...) un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, a favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de su cumplimiento».

De las tres definiciones consideramos que la última es la más amplia, ya que en ella se hace mención de todos los elementos que la conforman, sobre todo al patrimonio, que, como vimos anteriormente, es uno de los puntos esenciales para determinar si existió un desplazamiento que deba ser sujeto de restitución.

En cuanto a los elementos de las obligaciones, las definiciones antes citadas coinciden en que estos son los siguientes:

- i. Sujetos (activo y pasivo).
- ii. Vínculo jurídico (relación jurídica).
- iii. Prestación (dar, hacer o no hacer algo).
- iv. Patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones sujetos de una valoración económica).

Los sujetos son las partes que participan en un negocio jurídico. El sujeto activo es el acreedor de la obligación, mientras que el sujeto pasivo es el deudor.

El vínculo jurídico es la relación de los particulares amparada en el derecho, la cual otorga la facultad al acreedor de exigir el objeto de la obligación o la acción de daños y perjuicios, así como para retener lo que ha recibido en pago de la obligación.

En cuanto al patrimonio ya dedicamos un epígrafe para referirnos al asunto. Debe ser entendido como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter pecuniario o sujetas de ser cuantificables en dinero, ya que de otra forma no podrían ser considerados como parte de este.

Si tomamos como punto de partida esta breve explicación y la trasladamos al ámbito laboral, podemos determinar desde ya que los sujetos participantes son la persona titular de la empresa y la persona trabajadora. En función del tipo de prestación que estén obligados a satisfacer dentro de la relación jurídica, adquirirán la calidad de sujeto activo o sujeto pasivo, ya que resulta evidente que se pueden conjugar las calidades en el mismo negocio; es decir, la persona titular de la empresa es sujeto activo de la prestación denominada *actividad específica* que realiza la persona trabajadora para ella, y, a la vez, es sujeto pasivo de la prestación denominada *remuneración, seguridad e higiene en el trabajo*, entre otras. En este sentido, la persona trabajadora es sujeto pasivo de la prestación, una actividad específica que desempeña para su empleadora, y, a la vez, sujeto activo de la prestación denominada *remuneración, seguridad e higiene en el trabajo*, entre otras.

En este caso, ambas partes comparten la calidad de sujeto activo y pasivo, la cual varía en función de la prestación que deban realizar.

El vínculo jurídico o la relación jurídica en la que están amparados los participantes es el contrato de trabajo, es decir, la regulación establecida para este negocio jurídico es el marco normativo que se les aplica y sin el cual no sería posible su existencia.

La prestación consiste en el acto que cada una de las partes debe realizar, lo que, dentro de un contrato de trabajo, evidentemente no se circunscribe a una sola.

En el caso de la persona titular de la empresa, sus prestaciones pueden ser tanto de dar como de hacer o de no hacer: la de dar se configura al momento de pagar la remuneración, ya que se está constituyendo un derecho real a favor del trabajo respecto al dinero; las de hacer pueden ser muchas, pero, por ejemplo, puede ser el

impartir capacitación a los trabajadores, dotarles del equipo necesario para realizar su trabajo, entre otras; las de no hacer también serían numerosas, como ejemplo, no acosar a los trabajadores, no discriminarlos, no retenerles su remuneración.

En el caso de la persona trabajadora, en mi opinión, las prestaciones solamente serían de hacer o de no hacer, ya que considero que no existe ninguna en la que se constituya un derecho real a favor de la persona titular de la empresa. En el caso de las prestaciones de hacer, la principal sería el desempeño de la actividad para la que fue contratada, y en las prestaciones de no hacer, por ejemplo, faltar de forma injustificada o acudir al puesto de trabajo bajo efectos de sustancias sujetas a fiscalización, entre otras.

En el caso del patrimonio, resulta evidente que en el caso de la persona titular de la empresa este constituye todos los bienes y derechos que tenga en su empresa o negocio; en el caso de la persona trabajadora, el patrimonio con el que ingresa en la relación laboral es únicamente la combinación de su intelecto más su fuerza laboral, la cual puede ser perfectamente cuantificable. El primer punto de cuantificación recae en el valor de la remuneración, ya que a través de esta se retribuye el trabajo que realiza para la persona titular de la empresa.

Los elementos y las definiciones antes expuestas nos permiten delimitar y contextualizar la cuestión. Lo más importante es haber podido relacionar este con la materia laboral y fijar las bases para entenderlo como una fuente de las obligaciones. Por ello debemos continuar con el análisis de las fuentes propiamente dichas.

### **2.2.2. Fuentes de las obligaciones**

Las fuentes de las obligaciones se pueden dividir en fuentes clásicas y modernas. Respecto a las clásicas parece que no existe ningún tipo de discusión, ya que estas son las que reconocen el ordenamiento jurídico español y ecuatoriano, por lo que únicamente haremos una breve mención a ellas. Las fuentes modernas de las obligaciones son las que debemos analizar con detenimiento aquí, ya que una de ellas es precisamente el enriquecimiento injusto.

#### **2.2.2.1. Fuentes clásicas de las obligaciones**

Las fuentes clásicas de las obligaciones son cinco: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.

En el caso de Ecuador, el art. 1453 del CC Ecuador establece que:

«(...) las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legados y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. »

El CC español en el art. 1089 dice que «(...) las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

Los códigos civiles de ambos países contemplan las mismas fuentes de obligaciones, aunque su redacción varía: el texto español es conciso y puntual, mientras que el texto ecuatoriano explica con mayor detenimiento los alcances de cada uno de ellos, como en el caso de la aceptación de una herencia o legado, para referirse a los actos jurídicos voluntarios.

En las referencias históricas realizadas anteriormente se manifestó que el enriquecimiento injusto formaba parte de los cuasicontratos; sin embargo, a partir del caso Patureau Boudier analizado se le da el carácter de figura autónoma. En este sentido, existe una parte de la doctrina representada por Lacruz Berdejo (2005, p. 391), Díez-Picazo (1996, p. 45), Fábrega Ponce (1996, p.310), Álvarez Caperochipi (1993, p. 27) y Castán (1935, p. XIV), que han considerado la figura del enriquecimiento injusto o sin causa como una fuente más de las obligaciones, por la vinculación que tiene con los cuasicontratos. Por ello, es importante referirnos al tratamiento jurídico que le da cada uno de estos países a los cuasicontratos.

El CC español en el art. 1887 los define como «los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». De la misma manera, el CC Ecuador en el art. 2184<sup>41</sup> determina que los elementos esenciales de esta figura son concretados en que las obligaciones nacen de la ley o de un hecho voluntario de las partes cuya característica fundamental es la licitud, pero que no tiene una convención de por medio.

---

<sup>41</sup> El CC Ecuador en el art. 2184 manifiesta textualmente que “(...) Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.”

De lo expuesto se desprende que las principales características de los cuasicontratos son la licitud y la voluntariedad, de manera que, una vez que estos se configuran, se crea la obligación restitutoria. Al no ser propiamente un contrato, pero que se formó a raíz del ejercicio de la autonomía de la voluntad e iniciativa de contratación entre las partes, no se podría hablar de una injusticia, ya que las partes por sí solas han fijado la naturaleza de sus contraprestaciones.

En este sentido, Lacruz Berdejo (2005, pp. 391-392) considera que esta institución es útil en la medida que enmienda un error en la ley, pues introduce aquellas obligaciones que proceden de los principios generales del derecho. La cataloga de imperfecta, ya que siempre se habla de la licitud de los hechos ocasionando diversas fallas: la primera, al insertar el elemento de la mala fe, si es que alguien cobra lo que no se le debe a sabiendas; y, la segunda, cuando se habla del hecho generador de la obligación y de la obligación recíproca, una vez que en la gestión de negocios se obliga solamente el dueño y en el pago de lo no debido a quien realizó este.

En materia contractual, se establece que el enriquecimiento injusto está muy próximo a los cuasicontratos o se integra con ellos porque da derecho a un resarcimiento de daños por actos culposos o por actos ilícitos. Castán (1935, p. XIV), en el prólogo del libro de Núñez Lagos, manifestaba que se debería «(...) regular el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, en sustitución de la oscura noción de cuasicontrato y sin perjuicio de desenvolver la materia del pago de lo indebido como caso especial del enriquecimiento.»

Antes de adentrarnos en el estudio de los diversos tipos de cuasicontratos previstos en las legislaciones materia de este estudio, conviene preguntarnos si es necesario considerar el enriquecimiento injusto como una figura autónoma, ya que, como bien ha manifestado la doctrina, este tiene una relación directa con los cuasicontratos, de manera que el único medio para configurarlo sería siempre que existieran acciones o abusos fuera de los contratos. Esto, unido a la posibilidad de establecer una imputación real respecto al responsable del daño causado, entendido como el desplazamiento patrimonial que se produce como consecuencia del enriquecimiento injusto. Consideramos que todas estas inquietudes se podrán aclarar si continuamos analizando los cuasicontratos previstos en la legislación y, a partir de esto, determinar si es necesario reconocer que el enriquecimiento injusto es una figura autónoma.



En lo que respecta a los cuasicontratos en la legislación española y ecuatoriana, debemos referirnos a que ambas siguen la teoría de las fuentes clásicas de las obligaciones, de manera que coinciden en que los cuasicontratos son solamente el pago de lo no debido y la gestión de negocios<sup>42</sup>, dejando fuera al enriquecimiento injusto, sin perjuicio de las opiniones doctrinarias de De Diego, La Cruz Berdejo y Díez-Picazo que se expondrán a continuación.

Únicamente como puntualización, el Ecuador, además de los dos cuasicontratos antes señalados, tiene previsto en su legislación otro cuasicontrato, denominado *comunidad*<sup>43</sup>, en el que todos los participantes deben ser integrantes de un todo y tanto obligaciones como derechos son compartidos, de manera que ninguno podrá tener mayor proporción que el otro.

Respecto a los dos cuasicontratos antes señalados, que coinciden en las leyes española y ecuatoriana, se puede manifestar que en ambos se considera el pago de lo no debido como el cobro que hace alguien de aquello que no le deben, es decir, que se cobra partiendo de una deuda inexistente, de manera que carece de justa causa. Por lo tanto, se origina la obligación de restituir el valor cobrado más las mejoras y gastos si se llegara a comprobar que se efectuaron.

En cuanto a la gestión de negocios ajenos, el gestor está obligado a restituir no solo el valor en el cual se enriqueció, sino todos los gastos que hubiese hecho el gestor y los perjuicios que haya sufrido en el ejercicio de su cargo, lo cual desnaturaliza completamente el fundamento de la acción, en tanto que, únicamente, se buscaba el resarcimiento del valor obtenido como producto del enriquecimiento.

Se considera que el enriquecimiento injusto es una fuente de las obligaciones por la naturaleza de la relación que se establece entre esta y los cuasicontratos. Lacruz Berdejo (2005, pp. 408-418) manifiesta que, si se parte de la consideración que el enriquecimiento injusto es un principio general del derecho que nace de un hecho lícito, pero que, pese a no estar contemplado dentro de las fuentes de las obligaciones, igual las genera, se demostraría que cumple con las características propias de los cuasicontratos y que podría ser catalogado como tal.

---

<sup>42</sup> El art. 2185 del CC de Ecuador establece que los tres principales cuasicontratos son la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad.

<sup>43</sup> La comunidad está asimilada a lo que en España se conocería como la comunidad de propietarios. La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya suscrito contrato de sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato mientras que, en la legislación española no se define taxativamente, pero se regulan a partir del título correspondiente a los cuasicontratos, las figuras señaladas en los arts. 1887 a 1901.

Por el contrario, De Diego (1935, pp. 303-304) no considera que haya que encasillar el enriquecimiento injusto dentro de los cuasicontratos, por cuanto producen relaciones obligatorias, mientras que los cuasicontratos generan obligaciones derivadas de la ley. Hace énfasis en que la ley no crea arbitrariamente la obligación, sino que debe existir una circunstancia que genere una lesión injusta para que sea creada. Esta afirmación sería suficiente para encuadrar el enriquecimiento injusto dentro de los cuasicontratos, pero el autor decide quedarse con aquellas que expresamente fija la norma.

Para Álvarez-Caperochipi (1993, pp. 27-29) existe una falta de identidad dogmática, es decir, una confusión al pretender incluir la institución del enriquecimiento injusto en la figura de los cuasicontratos, ya que considera que el enriquecimiento injusto debería ser el género por su amplia funcionalidad y aplicación a diversos ámbitos del derecho, mientras que los cuasicontratos (agencia oficiosa y pago de lo no debido) deberían ser la especie, por cuanto regulan situaciones concretas.

Por su parte, Rubén y Wierzba (2010, pp. 36-43) considera que no es posible considerar el enriquecimiento injusto como un cuasicontrato, ya que no comparte las características de ser un hecho voluntario lícito que genera los mismos efectos que un contrato sin que exista un acuerdo de voluntades. Sin embargo, lo que da origen para el autor a esta institución sería la causa, ya que su ausencia constituye una falta de derecho y justicia, la cual no faculta a la persona beneficiaria para la adquisición de un incremento patrimonial, y mucho menos su conservación.

De los argumentos expuestos por los doctrinarios clásicos se puede vislumbrar que no existe una postura clara respecto a si es oportuno enmarcar al enriquecimiento injusto como parte de los cuasicontratos. No compartimos el criterio sostenido por los doctrinarios que la consideran como una fuente autónoma, creemos que los argumentos que lo soportan no son los suficientemente convincentes, por lo que nuestra postura está encaminada a sostener que el enriquecimiento injusto forma parte de los cuasicontratos.

El argumento respecto a que la falta de causa es la que origina la obligación, debido a que el resultado no está justificado por el derecho, debe ser analizado tomando en cuenta si está o no enmarcado en una relación jurídica perfecta.

En el primer caso, si el desplazamiento patrimonial se dio en el marco de un contrato válido, como se dijo anteriormente, no se puede hablar de injusticia, pues se está respetando la normativa vigente, que fue creada en apego a la justicia.

En el segundo caso, si el enriquecimiento se produjo en el marco de una relación contractual imperfecta, es decir, viciada de nulidad, o sin que exista un contrato, se debe analizar puntualmente la conducta, ya que podríamos encontrarnos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa que puede derivar en un enriquecimiento ilícito, no como delito, sino por ser contrario a la ley.

Resulta indispensable que se analice cada uno de los supuestos para estar en condiciones de determinar si la conducta y el resultado del negocio jurídico ocasionan un daño que sea sujeto de restitución.

### **2.2.2.2. Fuentes modernas de las obligaciones**

El jurista Ospina Fernández (2008, pp. 32-35) recoge algunas propuestas realizadas por diversos doctrinarios como Planiol, Josserand, Colin y Capitant, respecto a la forma en que se deben clasificar las obligaciones.

Planiol considera que únicamente existen dos fuentes de las obligaciones: el contrato, entendido como el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor; y la ley, por cuanto de ella nacen el resto de las obligaciones. Por su parte, Josserand plantea que existan cuatro fuentes de las obligaciones:

- i. Los actos jurídicos, que se subdividen en contratos y compromisos unilaterales.
- ii. Los actos ilícitos en los que entran los delitos y los cuasidelitos.
- iii. El enriquecimiento sin causa.
- iv. La ley.

Sin embargo, Colin y Capitant prevén cinco fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentran:

- i. El contrato.
- ii. El compromiso unilateral.
- iii. Los actos ilícitos, en los que están los delitos y los cuasidelitos.
- iv. El enriquecimiento injusto.
- v. La agencia oficiosa.

Estos últimos coinciden y han construido su clasificación de las obligaciones de formas similares. En el punto más importante para el presente estudio, considerando el enriquecimiento injusto como una fuente autónoma de las obligaciones, se deslinda totalmente de los cuasicontratos.

Lo que hemos estudiado respecto al enriquecimiento injusto en el derecho anglosajón y las referencias que hemos hecho, anteriormente, respecto a teoría de los cuasicontratos, han sido de mucha ayuda para esclarecer ciertos aspectos del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones, A partir de estas hemos llegado a inferir que sus elementos serían:

- i. Los sujetos: El sujeto activo de la obligación sería quien haya obtenido el incremento patrimonial sin causa, como consecuencia de su participación en el negocio jurídico. El sujeto pasivo sería quien haya sufrido el detrimento patrimonial.
- ii. El vínculo jurídico: Necesariamente nos encontraríamos ante una relación que necesite un acuerdo de voluntades, sin perjuicio de lo cual no consideramos que se debería limitar únicamente al contrato, por cuanto pueden producirse en distintos actos jurídicos que estén fuera de esta rama.
- iii. El patrimonio: Debe ser considerado como el resultado que los sujetos esperan luego de haber intervenido en determinado negocio jurídico.
- iv. La causa: Consideramos que el elemento más importante para que a esta figura se la considere como una fuente de obligaciones debería ser la causa, en tanto que esta constituye el origen o el antecedente de la obligación.

Es indispensable tener en cuenta que los sujetos celebran o participan en determinado acto jurídico con la finalidad de obtener un resultado, ya que, en caso contrario, no existiría una razón lo suficientemente fuerte que justifique la regulación de la conducta humana o la creación de figuras jurídicas que satisfagan sus necesidades. Tanto si la causa forma parte integral del negocio jurídico como si está fuera de él, siempre debe existir, ya que desde nuestro punto de vista la eliminación de este elemento generaría la inexistencia de la obligación.

En esta virtud consideramos que los argumentos en los que está fundado el enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones no son suficientes para otorgarle la autonomía que requiere, ya que perfectamente se puede encasillar en un cuasicontrato o en una conducta ilícita, de manera que no podría ser una fuente de obligaciones si ni siquiera tiene los elementos necesarios para que exista.

En esta virtud, en materia laboral el enriquecimiento injusto no se podría considerar como una fuente de obligaciones, de manera que deberíamos dejar claro que esta se considera viable únicamente si está dentro de los cuasicontratos, en tanto que la

prestación de un servicio por parte de una persona en beneficio de otra, necesariamente, requiere del acuerdo de voluntades, lo cual justificamos en el párrafo siguiente.

El acuerdo de voluntades que genera el vínculo jurídico en el que participan las partes es un elemento que no se puede eliminar del escenario, ya que, aunque el contrato esté viciado de nulidad o existan conductas realizadas en abuso del contrato, necesariamente existió el consentimiento de las partes para participar en ese negocio jurídico. Si no existe voluntad para realizar una cierta actividad por parte de una persona, nos podríamos estar enfrentando a conductas atípicas que pertenecen a la esfera del derecho penal como son la esclavitud, la explotación sexual o la trata de personas; pero si existen conductas que se realizan fuera o excediéndose de los límites del contrato estaríamos frente a un escenario de un cuasicontrato, porque igual existió un acuerdo de voluntades, pero el resultado no es el que querían las partes.

Por ello, no compartimos el criterio de que el enriquecimiento injusto sea una fuente autónoma de las obligaciones, más bien nos apegamos más a la corriente clásica, que lo encasilla dentro de los cuasicontratos.

### **2.2.3. Teoría de la ineficacia de los actos jurídicos**

Uno de los supuestos que debemos analizar consiste en las sanciones que el ordenamiento jurídico ha previsto para aquellos actos jurídicos en los que, pese a que exista la voluntad de las partes para celebrarlo y perfeccionarlo, lo cierto es que contienen un vicio que les impida existir o producir efectos jurídicos válidos.

Es ahí donde debemos referirnos a la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, ya que esta se dedica a analizar las fases que atraviesa un acto jurídico cuando en su conformación no está presente cualquiera de los elementos de existencia o de validez requeridos por la ley, lo que genera como consecuencia la pérdida de sus efectos.

Esta configuración deficiente puede originar dos grados de consecuencias jurídicas: i) La inexistencia por falta de voluntad, consentimiento, objeto, causa o solemnidades; o, ii) La nulidad, que puede ser absoluta, de pleno derecho, o relativa.

Al hablar de inexistencia de los actos jurídicos, nos referimos al concepto que tienen de ello autores como Braudry-Lacantinerie (1919, p. 69), Planiol (1923, p. 210) y De Pina (1986, p. 27). Estos consideran que es aquel que no se ha formado porque

carece de un elemento esencial, de tal manera que el acto no puede concebirse sin él, ya que al ser inexistente no puede considerarse como acto, es decir, no es nada en el mundo jurídico.

Las principales características de la inexistencia son:

- i. Inconfirmable: No existe poder de ser convalidado a través de una ratificación expresa o tácita.
- ii. Imprescriptible: Por el transcurso del tiempo no se puede crear el acto, porque, como se dijo anteriormente, no es nada.
- iii. Oponible por cualquier interesado: Esta característica guarda estrecha relación con el derecho adjetivo, ya que la acción no es una vía adecuada para invocar la inexistencia de un negocio jurídico, sino que debe ser combatida como excepción, ya que, dice Bonecase (1985, p. 280): «Todo interesado, cualquiera que sea, tiene derecho a prevalecerse de la inexistencia de un acto jurídico; por otra parte, no es necesario dirigirse a los tribunales para obtener en cierta forma su condena; no se condena la nada».
- iv. No requiere intervención judicial: Cualquier intervención de la autoridad motivada por los conflictos nacidos de un acto inexistente es innecesaria e inútil, porque la sola inexistencia es notoria y contundente. La excepción es la única vía posible de demostrarlo.

Por ello, los actos jurídicos inexistentes son aquellos que no producen efecto legal alguno proveniente del acto jurídico, pero que, por el solo hecho de haberse realizado materialmente, generan efectos jurídicos que provienen de hechos materiales o hechos jurídicos, pero no de actos jurídicos.

La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos ha sido una de las que más opiniones contrarias ha generado por parte de la doctrina, ya que para autores como Lutzesco (1980, p. 230), aunque se admita que la teoría de la inexistencia funcione, no es posible aceptar que el acto inexistente no produzca ningún efecto jurídico, ya que, al menos, genera el vínculo de las partes por la situación de hecho que nace de su ejecución voluntaria.

De la misma manera, Borrel y Soler (1947, p. 625) consideran que los términos correctos para referirse a la ineficacia jurídica son las de nulidad o nulo, sin importar que estos sean nullos de pleno derecho o anulables. El hecho de llamarlos inexistentes

implica que se prescinde de él como si no pudiera producir efectos, cuando los contratos inexistentes sí pueden producir efectos jurídicos (y de hecho lo hacen).

Desde nuestro punto de vista estas críticas únicamente demuestran que la inexistencia de los actos jurídicos no es una teoría sólida, debido a que resulta evidente la contradicción que existe en los efectos que produce. Aquellos que la defienden manifiestan que la inexistencia del acto conlleva que no se produzca ningún efecto en la esfera jurídica. También sostienen que puede producir efectos, pero que estos no nacen del acto jurídico, sino del hecho jurídico o del hecho material. Solamente este enunciado rompe con los principios básicos de la lógica. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, ya que, sin importar la fuente de donde nace el efecto, este sí tiene repercusión en el mundo jurídico. En cambio la nada (inexistencia) no podría tener injerencia alguna.

También es importante hacer referencia a que, tanto en la legislación española como en la ecuatoriana, se ha considerado que la invalidez de los negocios jurídicos se da a través de las figuras de la nulidad absoluta o de pleno derecho, y la nulidad relativa o anulabilidad, omitiendo cualquier regulación normativa respecto a la inexistencia como una sanción de los actos jurídicos viciados, conforme se explicará a continuación.

La nulidad es la máxima sanción prevista para aquellos actos jurídicos que se crearon con una anomalía o a través de la inobservancia de las disposiciones legales previstas para el mismo, lo que conlleva que los efectos que estaba destinado a producir no se generen.

Los alcances de esta sanción vienen dados en función de la gravedad de la anomalía con la se crearon, de manera que, si el vicio de configuración del acto es muy grave, la sanción será la nulidad absoluta; mientras que, si el vicio es menos grave o puede desaparecer, la sanción será de la nulidad relativa. Por ello, corresponde adentrarnos en cada una de estas sanciones desde el ámbito civil para luego trasladarlas al ámbito laboral, tomando como punto de partida que el Código Civil es norma supletoria del ET y del CT en el caso de España y Ecuador.

En España y en Ecuador se han regulado de manera similar las nulidades, ya que ambas legislaciones establecen que los actos jurídicos son nulos cuando no concurren

los requisitos que la ley prescribe para que exista el contrato<sup>44</sup>, resultando una nulidad absoluta o de pleno derecho o una nulidad relativa o anulabilidad, según sea el caso.

Al hablar de nulidad absoluta nos referimos a la máxima sanción que ha previsto el ordenamiento jurídico para aquellos actos jurídicos que tienen un vicio insuperable del que no se puede librar y que generan como consecuencia la invalidez total. De Gasperi (1964, p. 597) explica que es una nulidad sustantiva que existe por sí misma, que afecta a las partes, a los terceros, por ser un vicio insanable, inconfirmable e imprescriptible, que los jueces tienen la obligación de declarar cuando aparece de manifiesto, y, a su vez, están facultados de hacerlo cuando no es manifiesto.

Como se manifestó anteriormente, estos vicios afectan al objeto, al fin o a la falta de elementos de validez del negocio. La misma ilicitud puede, a veces, provocar una nulidad absoluta o una nulidad relativa, dependiendo de la determinación legal que se otorgue al respecto.

La nulidad absoluta tiene como regla general que produce provisionalmente sus efectos y que estos son destruidos retroactivamente cuando la autoridad judicial declare esa nulidad. Sin embargo, la excepción a esta regla es la nulidad de pleno derecho, la que se configura cuando la ley priva expresamente de los efectos al negocio jurídico sin que para ello requiera resolución judicial.

Las características de la nulidad absoluta son:

- i. Puede hacerse valer por cualquier persona interesada: Está fundado en la protección de los intereses de carácter general, de manera que cualquier persona con interés jurídico en la declaración de esta nulidad tiene la capacidad de promover una acción para solicitarla.
- ii. Inconfirmable: No puede ser convalidado a través de una ratificación expresa o tácita.
- iii. Imprescriptible: Por el transcurso del tiempo no se convalida el acto, por lo que, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde su celebración, este no libera de la nulidad, ya que se a través de la nulidad se protege un criterio legal y social.

---

<sup>44</sup> En el CC Ecuador se regula la nulidad en el artículo 1697 que manifiesta: “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”; mientras que en art. 1261 del CC español expresa: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que se sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca”



Según Egusquiza (pp. 21-25) la nulidad absoluta opera *ipso iure*, lo que ocasiona que las atribuciones patrimoniales que hayan operado se deban deshacer. Esto implica que las cosas vuelven al Estado inmediatamente anterior a la celebración del contrato. Su característica principal es que los vicios no son subsanables a través del paso del tiempo; además, debe ser declarado por el órgano judicial de oficio, a petición de parte o por cualquier otro interesado que no forme parte del contrato.

En este punto, únicamente para aportar más claridad con respecto a la regulación de la normativa de la nulidad absoluta, es necesario mencionar que en el CC español en el art. 6.3. se estableció que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho. La legislación española comparte las características doctrinarias que ya fueron explicadas anteriormente con Ecuador. Aquí, en el art. 1698 del CC Ecuador, la nulidad absoluta está prevista para aquellos actos que tengan objeto o causa ilícita, así como la omisión de requisitos de formalidad propios de estos.

Desde nuestro punto de vista, la nulidad absoluta es una sanción necesaria para los actos jurídicos que están viciados, ya que su creación atiende a la obligación que tienen las partes de observar las reglas impuestas por el ordenamiento para la realización de sus actos jurídicos, ya que a través de estas se pretende proteger los derechos de las partes y de los terceros que puedan ser afectados por ese acto jurídico. En esta virtud, resulta necesaria la imposición de sanciones tan radicales como es la de la nulidad de pleno derecho, a fin de que las partes respeten las reglas previstas, y de esta forma se brinde seguridad jurídica y certeza respecto a los actos celebrados.

La nulidad relativa es un vicio menos grave pero que, de igual manera, afecta al negocio jurídico. Eso sí, al ser una imperfección del acto, la ley faculta a que través de la convalidación pueda surgir en la vida jurídica y genere todos los efectos jurídicos, siempre que los vicios que la causaron puedan ser eliminados permanentemente.

Esta posibilidad de convalidación se funda en que la nulidad relativa protege los intereses particulares de aquellas personas que, por alguna circunstancia, tienen una desventaja al celebrar el negocio jurídico: incapacidad de una de las partes, inobservancia de las formalidades legales para la celebración del negocio, etc.

En este sentido, De Gasperi (1964, p. 597) considera que la nulidad relativa es una sanción referida a un sujeto determinado y que por ello está condicionada en su

ejercicio y restringida en sus efectos, ya que por naturaleza está oculta bajo la superficie de un acto aparentemente regular que carece de sustancia, en el sentido de que depende de la prueba y el juzgamiento, unido esto a que no existe contra todos, sino contra el causante del vicio generador de la nulidad.

Las características de la nulidad relativa son totalmente opuestas a la de la nulidad absoluta:

- i. Solo puede hacerse valer por la persona perjudicada: La acción de nulidad compete exclusivamente a quienes directamente han sido perjudicados por el acto así celebrado.
- ii. Confirmable: Es susceptible de convalidación siempre que la causa que originó la nulidad haya sido superada o bien se haya convalidado la forma de otorgamiento para observar las formalidades establecidas en la ley.
- iii. Prescriptibilidad: La acción de nulidad por incapacidad o por error solo puede ejercitarse durante el lapso que siga existiendo el vicio en función de la naturaleza del acto.

En este punto, Gómez de la Escalera (pp. 29-30) considera que este tipo de nulidad protege un interés privado en el que únicamente las partes interesadas puedan ejercitar el poder de impugnación o de anulación que la ley les atribuye. Estos vicios pueden ser saneados si es que las partes contratantes los convalidan, para así confirmar la eficacia definitiva del contrato o por el transcurso del tiempo. Los contratos celebrados conservan su eficacia hasta la fecha de la sentencia judicial que los anule. Una vez declarada la nulidad, los efectos se retrotraen a la celebración del acto anulado.

En el caso de la legislación española, el CC español en el art. 1300 establece que la anulabilidad se actualiza cuando existen vicios del consentimiento, falsedad de la causa, defecto de capacidad o falta de consentimiento del otro cónyuge. Por su parte, en la legislación ecuatoriana, el art. 1698 determina que la nulidad relativa está prevista para todos aquellos vicios que no estén enmarcados dentro la nulidad absoluta.

Por ello, se puede concluir que existen dos tipos de sanciones civiles para aquellos actos que carecen de los elementos necesarios para existir en el mundo jurídico, por lo que al hablar de inexistencia se hace referencia a todos aquellos actos que no nacen en el mundo jurídico. En cambio, al hablar de nulidad se hace referencia a los actos

que carecen de validez, pero que generan efectos jurídicos provisionales y que solo a través de una sentencia pueden ser eliminados; o que pueden ser convalidados de manera íntegra, de tal forma que generen los efectos jurídicos para los que fueron creados.

Desde nuestro punto de vista, la inexistencia de los actos jurídicos es una construcción teórica que, en la práctica, está inmersa en la nulidad absoluta o de pleno derecho, ya que los actos jurídicos denominados inexistentes y que fueron celebrados por las partes, desde la perspectiva doctrinaria, no generan efectos jurídicos porque son nada, mientras que en la práctica sí pueden generar efectos jurídicos para los terceros de buena fe. De este modo, únicamente consideramos viable catalogar un acto como inexistente cuando se refiera a aquellos que no sean metafísicamente posibles o que no han llegado a existir.

Por ello, no creemos que la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos tenga una fundamentación sólida que permita ser trasladada al ámbito laboral, ya que, aunque existan contratos de trabajo que puedan ser considerados como inexistentes, estos sí generan efectos jurídicos frente a terceros y entre las partes. Consideramos que, al hablar de contratos laborales imperfectos, únicamente nos debemos enfocar en aquellos que están viciados de nulidad absoluta o relativa. Además, en las legislaciones que son materia de estudio únicamente se hace referencia a estas dos sanciones y no se hace mención alguna a la inexistencia.

### **2.3. Enriquecimiento sin causa como acción**

El tercer asunto que trataremos en este capítulo se circunscribe al enriquecimiento injusto como acción. En este epígrafe dejaremos de lado el análisis sustantivo y nos enfocaremos en el análisis adjetivo de la figura en estudio. En este sentido hemos considerado importante, en un primer momento, abordar, de manera sucinta, conceptos relativos a la definición, las características y los elementos de la acción en la teoría general del proceso, para, posteriormente, analizar en profundidad los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se han construido alrededor de la acción de enriquecimiento sin causa.

#### **2.3.1. La acción en el derecho procesal**

El término acción proviene del latín *actio* que significa ‘movimiento’, ‘actividad’ o ‘acusación’. La acción es considerada como un derecho humano que ha sido recogido

como parte del acceso a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 10 de la DUDH, donde se manifiesta que:

*«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»*

En cuanto a las definiciones doctrinarias, podemos comenzar con aquella realizada por Fairén Guillén (1992, p. 77), quien concibe la acción como un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes. Esta definición nos parece bastante completa y permite tener una idea clara de lo que significa este término. Es importante conocer que la palabra *acción* se utiliza para hacer referencia a varias acepciones<sup>45</sup>, de tal manera que puede llegar a considerarse como un término ambiguo.

En este sentido, Devis Echandía (1966, p.154) y Couture (2010, pp. 45-50) establecen que la gran variedad de significados y usos de este término generan una dificultad en el estudio del término procesal, sobre todo por la imprecisión en la que pueden caer, ya que este ha sido utilizado para referirse a conceptos de contenido material, así como para identificar el derecho subjetivo material.

En este sentido, Couture hace referencia a que el término *acción* se utiliza en tres acepciones distintas, a saber:

- i. Como sinónimo de derecho, lo que se refiere a que la parte actora carece de un derecho efectivo que el juicio debe tutelar.
- ii. Como sinónimo de pretensión, lo que implica que se tiene un derecho válido y en nombre de la cual se promueve la demanda; es decir, la pretensión se proyecta sobre el derecho sustantivo para que el resultado de esta sea la declaración de fundada o infundada.
- iii. Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, lo que hace referencia al poder jurídico que tiene todo individuo para poder acudir a los jueces o tribunales a solicitar el amparo de su pretensión.

---

<sup>45</sup> El concepto de acción es utilizado en diversas ramas del Derecho como por ejemplo, en el civil, comercial, administrativo, penal y en el procesal. Se ha utilizado este término al referirnos a la actividad del Estado a través de sus políticas públicas, de la misma manera se han definido así los mecanismos en los cuales se protege los derechos subjetivos como, por ejemplo, la acción posesoria, la acción reivindicatoria o la acción extracontractual, entre otras.

Esta opinión doctrinaria forma parte de dos teorías que discuten la naturaleza, el fin y el fundamento de la acción. Nos referimos a la teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo, y a la teoría de la acción autónoma y diferente del derecho material subjetivo, teorías que desarrollamos en las páginas siguientes.

### **2.3.1.1. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo**

Esta teoría tiene como exponentes a los tratadistas Manresa y Navarro, Savigny o Podeti, entre otros. Se utiliza el término *acción* para referirse a dos cuestiones: en primer lugar, al principio del derecho romano denominado *persquendi in iudicio* que considera la acción igual que la lesión de un derecho subjetivo; y, en segundo lugar, la acción como un ejercicio del derecho mismo.

No debemos olvidar que el objeto de la acción es obtener justicia a través de los órganos jurisdiccionales designados por el Estado, de tal manera que se elimina la posibilidad de ejercer justicia *por la propia mano*.

Respecto a la primera acepción, Manresa y Navarro (1907, p. 290) nos explican que la acción es «(...) un medio que nos conceden las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete, y no puede existir la acción sin existencia previa del derecho o del interés jurídico que por ella se ha de reclamar. Aquella es el medio y este, el fin». En otras palabras, es el derecho conferido a la parte lesionada para la reparación de la violación de los derechos, lo que implica que es el derecho en el estado de acción, en vez de estar en estado de reposo.

En esta teoría la acción procede siempre que se den dos condiciones, que dependen la una de la otra: un derecho en sí y la violación de este, porque si el derecho no existe, la violación no es posible y, si no hay violación, el derecho no puede ser promovido como acción.

En cuanto a las características de la acción, Dorantes Tamayo (1980, pp. 780–785) defiende que son cinco:

- i. No hay derecho sin acción, pero tampoco hay acción sin derecho. Esto lo justifica diciendo que, si existe un número de derechos ilimitados, también las acciones son ilimitadas. Para ello enuncia varias denominaciones tomadas del derecho romano como son la acción reivindicatoria que se promueve para defender el derecho de propiedad, la acción pauliana para revocar los actos

- pasados por un deudor en fraude a los derechos de los acreedores, o la petición de herencia para reclamar una sucesión.
- ii. La acción y el derecho nacen y viven juntos, es decir que ambos tienen la misma duración.
  - iii. La acción tiene la misma naturaleza que el derecho, lo que implica que, si el derecho es real o personal, divisible o indivisible, patrimonial o no patrimonial, de igual manera es la acción.
  - iv. La acción tiene el mismo objeto que el derecho. Esta regla no es absoluta, ya que depende de si el acreedor tiene una obligación alternativa en la que puede escoger entre dos objetos diferentes. Por ejemplo, la rescisión del contrato o el cumplimiento forzoso.
  - v. La acción tiene la misma extensión que el derecho, de manera que no se puede ejercer por más (entiéndase, tiempo o plazo) de lo que constituye el objeto del derecho.

Las críticas a esta teoría realizadas por Cornu & Foyer (1958, p. 277) así como Cuche (1954, pp. 11,12) van encaminadas a establecer que hay acciones sin derechos sustanciales y que hay derechos sin acción, como, por ejemplo, la acción de declaración de interdicción. En este mismo orden de ideas, se cuestiona que, en términos generales, la ley aplicable a la acción es la vigente en el momento en que esta se ejercita, mientras que la ley aplicable al derecho sustantivo es la vigente al momento en que este nació. Esto se une a que esta teoría limita cada derecho con una acción, lo que va en contra del principio de acumulación de acciones que, aunque de manera restringida, es aceptado en ambos ordenamientos, el ecuatoriano y el español.

Carnelutti (tomado de Devis Echandía, 1966, p. 156) establece que la acción «(...) es una actividad jurídica por excelencia, ya que se traduce en una serie de actos que producen consecuencias jurídicas», de manera que considera la teoría de la acción como elemento material subjetivo de una involución jurídica, en tanto que la acción está ligada al derecho subjetivo por una relación de medio a fin, es decir, que la función de la acción es tutelar el derecho.

Si tomamos la postura explicada anteriormente, podemos concluir que en esta se puede generar una falta de claridad o una confusión respecto a los conceptos de derecho subjetivo material y derecho subjetivo procesal, ya que, si bien es cierto que

algunas de las acciones toman el nombre de los derechos, esto no implica que sea la regla general aplicable para todos los casos.

### **2.3.1.2. Teoría de la acción como autónoma e independiente**

Esta teoría es considerada como parte de la doctrina moderna. Fue desarrollada por varios doctrinarios alemanes como Bülow, Kohler, Muther y Wach, Chiovenda y el italiano Carnelutti. Esta teoría nace como consecuencia del abandono de la teoría clásica, explicada anteriormente, la que considera la acción como un derecho subjetivo procesal autónomo.

En primer lugar, Chiovenda (1992, pp. 13-61) considera que sus principales características pueden resumirse como sigue:

- i. El ejercicio de un derecho subjetivo. Consiste en la imposición de cargas procesales, especialmente de la demanda, ya que su falta de interposición desencadena en la inexistencia de litigio.
- ii. La acción es un derecho público subjetivo que persigue un fin público. En este punto radica la diferencia con la teoría clásica, en tanto que la acción no protege el interés de una de las partes en el litigio, sino que este litigio se solucione o que tenga una justa composición, de manera que responda al interés de todos los participantes (Estado, ciudadano), es decir, un interés público. Pero no olvidemos que, ambas teorías, comparten la pretensión, que consiste en el reconocimiento del derecho material.
- iii. La idoneidad. La parte que ejerce el derecho de acción debe presumir ser el titular del derecho subjetivo material, sin perjuicio de lo cual es probable que pueda tener la acción sin que este derecho le corresponda, lo que en este caso implicaría el interés en cuanto a la composición del litigio.
- iv. Las obligaciones procesales. Se impone al órgano judicial, como representante del Estado que imparte justicia, la obligación de dirigir un proceso, que implica proveer los incidentes, sin importar el resultado para las partes o su manifestación de voluntad, de manera que este se satisfice cuando se desarrolla normalmente.

Por lo explicado anteriormente podemos concluir que el enriquecimiento injusto como acción se encuadra en un supuesto de identificación dentro de la teoría del derecho subjetivo material, ya que lo que se quiere proteger es el derecho de restitución que

tiene el sujeto pasivo víctima de un desplazamiento patrimonial sin causa. Es importante tener en cuenta que esta teoría es una reminiscencia del derecho romano y que no ha logrado conseguir la separación con el derecho subjetivo procesal, por lo que estaría totalmente superada por el derecho moderno.

Sin embargo, no debemos olvidar que se puede utilizar el derecho subjetivo procesal como un instrumento de tutela del derecho subjetivo material; en este caso, efectivamente, se podría plantear una acción para conseguir una restitución del valor que ha incrementado su patrimonio en detrimento del otro.

Es indispensable aclarar que la acepción correcta para referirnos a esta acción debería ser la de enriquecimiento sin causa, ya que existen un sinnúmero de doctrinarios y administradores de justicia que la utilizan como sinónimo del enriquecimiento injusto. Es muy común encontrar esta imprecisión en el uso de la terminología en diversos materiales que hemos consultado.

### **2.3.2. La acción de enriquecimiento sin causa en la doctrina**

En este epígrafe analizaremos la acción de enriquecimiento sin causa desde el punto de vista doctrinario, en el que se hará hincapié en su objeto, los requisitos de procedencia y las diferencias con otras acciones civiles que igual buscan una restitución, para luego analizar la construcción jurisprudencial que se ha dado a la figura.

Como se manifestó anteriormente, desde el punto de vista doctrinario, la acción de enriquecimiento injusto se encuadra dentro de la teoría de elemento material subjetivo, que es una reminiscencia del derecho romano mediante la acción *in rem verso*.

El objeto de promover una acción de enriquecimiento sin causa es, precisamente, obtener la restitución del valor que ha incrementado el patrimonio de uno en perjuicio de otro.

Esta afirmación puede ser fundamentada a través de los argumentos existentes en la doctrina del Tribunal Supremo español, entre ellas en la Sentencia de 19 de julio de 2012<sup>46</sup>, cuyo principal objetivo consiste en obtener el debido resarcimiento (recuperación) de un desplazamiento patrimonial que carece de razón jurídica que lo legitime. De la misma manera, Castán Tobeñas (2012, p. 765) basándose en la

---

<sup>46</sup>STS 6699/2012, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2012, R. de casación nº 294/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.



Sentencia de 28 de enero de 1956, dictada por la Sala Primera del TS español, se pretenden corregir las adjudicaciones patrimoniales antijurídicas cuyo principal hecho que verificar es la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio supuestamente enriquecido y el que ha sufrido la pérdida.

De la misma manera, el autor afirma que el enriquecimiento sin causa por ser un principio general del derecho busca impedir que se produzca el resultado consistente en un desplazamiento patrimonial injustificado, por lo que tiene incorporada una cláusula de cierre, que consiste en una regla sancionadora encaminada a imponer una obligación de restitución ante cualquier supuesto en el que se produzca tal resultado.

Desde la doctrina, se atribuye a la institución del enriquecimiento sin causa una serie de características que se han de poner de relieve.

Para Lacruz (2005, p. 413) es necesario demostrar los siguientes hitos:

- i. La presencia en el patrimonio de una parte una cosa o un valor.
- ii. La ausencia de causa *retinendi*<sup>47</sup>.
- iii. Que el empobrecimiento generado por parte del demandante fue a raíz de la pérdida de la cosa o el valor.

Por su parte, Díez-Picazo (1996, p.106) concreta estas características de la institución en elementos diferenciales al anterior autor:

- i. Que provenga de un negocio jurídico lícito.
- ii. Que haya sido celebrado válidamente, entendido como que se ha encontrado sustentado en razones de ser suficientes para que el ordenamiento jurídico las considere justas. Si no es justo, debe ser restituido el valor del enriquecimiento por parte de la persona beneficiaria.

Únicamente como puntualización, es importante diferenciar esta acción con otras del derecho civil, que también tienen como objeto la restitución. Nos referimos a tres ejemplos para su entendimiento.

Primero, el pago de lo no debido. Si bien el fundamento podría ser el mismo, existe una acción, tanto en el derecho civil español<sup>48</sup> como en el ecuatoriano<sup>49</sup>, que regula de

---

<sup>47</sup> En derecho patrimonial es la causa de retención de la propiedad adquirida.

<sup>48</sup> Véase el CC español, arts. 1895 a 1901.

<sup>49</sup> Véase el CC Ecuador, arts. 2195 a 2203.

manera taxativa este supuesto, por lo que no se podría promover acción de enriquecimiento injusto en tal caso.

Segundo, la acción reivindicatoria, ya que se habla de una pérdida de posesión no de propiedad, por lo que no existe un desplazamiento del patrimonio.

Tercero, la acción de responsabilidad extracontractual que nace de un acto culposo. La indemnización está en función del daño ocasionado a la víctima, mientras que en la de enriquecimiento sin causa solo se puede restituir el monto en que incrementó su patrimonio una parte frente a la otra.

El desarrollo jurisprudencial del enriquecimiento injusto en el Ecuador ha sido escaso, sin perjuicio de lo cual se realizan algunos aportes interesantes que conviene analizar. Por el contrario, en España el desarrollo ha sido mucho más extenso y preciso, como se verá más adelante.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la figura del enriquecimiento injusto/sin causa (utilizados erróneamente como sinónimos) está presente únicamente en la Constitución en el art. 327, que es materia de análisis del presente trabajo, sin que exista regulación adicional en la normativa inferior. Sin embargo, en la legislación española la figura del enriquecimiento sin causa tiene un desarrollo legislativo escaso que se limita a la regulación presente en el art. 10.9 del Código Civil, respecto a los cuasicontratos, que manifiesta:

«(...) Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad. En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido. »

Por esta razón, la jurisprudencia ha ejercido un papel trascendental en la construcción de esta figura, porque, tanto el TS español como la CNJ (ex SCJ), en varias sentencias que serán analizadas a continuación, se han encargado de esclarecer el procedimiento y los requisitos que esta debería tener para ser promovida o llevada a cabo.

Como se ha mencionado anteriormente, la figura del enriquecimiento sin causa está presente en el ordenamiento jurídico desde la época del derecho romano y su

tratamiento de acción, como se estableció anteriormente, estaba fundamentada en la acción *in rem verso*. Según explica Álvarez-Caperochipi (1993, pp. 53-54), en un inicio el tratamiento que le daba el TS español al enriquecimiento sin causa era el de principio general del derecho, cuya presencia respondía a reglas éticas. Era utilizado en la parte considerativa de sus sentencias como un argumento para sustentar la decisión adoptada, mas no era considerada como vinculante<sup>50</sup>. El único requisito que se necesitaba era la obtención del patrimonio por medios ilícitos e inmorales; además, no se encontraba prevista ningún tipo de acción que facilitara su aplicación.

El autor nos explica que este tratamiento cambió a partir de la Sentencia dictada por el TS español (Sala Primera), el 12 de enero de 1943, a través de la cual se estableció que no bastaba con que el enriquecimiento sin causa fuera una regla general y abstracta, sino que se debía demostrar la procedencia de este en relación con el desplazamiento patrimonial para que se convirtiera en un postulado de equidad y justicia que no generara un trastorno en la seguridad jurídica. Esta Sentencia se fundó en el principio según el cual nadie puede enriquecerse sin justa causa, introduciendo el elemento de la causa, es decir, la circunstancia por la cual el desplazamiento patrimonial a favor de una parte y en detrimento de otra se debió producir sin que existiera un vínculo jurídico contractual o legal del negocio jurídico realizado.

Una vez que se delimitaron las bases para que el enriquecimiento sin causa sea considerado como una acción, la jurisprudencia fue construyendo el objeto, los requisitos y las características de esta.

### **2.3.3 La acción de enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia**

En este epígrafe únicamente nos referiremos al tratamiento jurisprudencial de la figura en España, ya que en Ecuador lamentablemente no existen pronunciamientos relevantes que podamos utilizar en este trabajo, salvo error u omisión por nuestra parte.

La jurisprudencia española se ha construido a partir de las sentencias dictadas por el TS español, que unifican criterios respecto al enriquecimiento sin causa como acción. Entre ellas destacamos las de 5 de octubre de 1985<sup>51</sup>, de 22 de mayo de 1989<sup>52</sup> y; de

---

<sup>50</sup> A este concepto también se lo denomina *obiter dicta*.

<sup>51</sup> STS 495/1985, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1985, R. de casación nº 570/1985, Ponente: Cecilio Serena Velloso.

<sup>52</sup> STS 3095/1989, Sala de lo Civil, 22 de mayo de 1989, R de casación no. 402/1989, Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

12 de junio de 1994<sup>53</sup>, las cuales concuerdan en que los requisitos para que se configure un enriquecimiento injusto son los que siguen:

- i. El empobrecimiento de una parte participante del negocio jurídico, quien es el legitimado activo para promover la acción.
- ii. El enriquecimiento de la parte demandada se debe producir por la incorporación de un bien o un derecho cuantificable, es decir que se pueda traducir a un valor monetario.
- iii. La relación de correlatividad que se refiriere al nexo causal que determina el fundamento circunstancial que dio origen y produjo el resultado de la ganancia para uno y la pérdida del otro.
- iv. La ausencia de causa que justifique el desplazamiento patrimonial. Este requisito implica que no se puede promover la acción si el desplazamiento patrimonial se origina en la norma o en un negocio jurídico válido y eficaz.
- v. La subsidiariedad. Esta acción es de naturaleza subsidiaria, de manera que se establece como requisito de procedencia la inexistencia de otro medio de derecho<sup>54</sup> que excluya la aplicación de esta acción al caso concreto de que se trate, por lo que no se puede considerar como una acción que se promueve en sustitución de otra.

Una vez que han quedado claramente identificados los requisitos de procedencia de la acción, debemos estudiar en profundidad las características propias que le ha otorgado la jurisprudencia.

---

<sup>53</sup> STS 4528/1994, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1994, R. de casación no.2203/1991, Ponente: Francisco Morales Morales.

<sup>54</sup> Este fundamento se puede encontrar en las siguientes Sentencias dictadas por la CSJ: a) SCSJ 378/2001, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2001, R. de Casación No. 228, Ministros Jueces; Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, Publicada en Registro Oficial 328 de 27 de julio de 2001; b) Resolución No. 553-2000 de 14 de noviembre de 2000; SCSJ s/n, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de mayo de 2002, R. de Casación No. s/n, Ministros Jueces; Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, Publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII.No.10. Página 2996; c) SCSJ 313/97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 28 de junio de 2000, R de casación 273, Ministros Jueces Santiago Andrade Ubidia, Galo Galarza Paz y Tito Cabezas Castillo, publicada en el Registro Oficial 134 de 3 de agosto de 2000. Y en las siguientes Sentencias dictadas por el TS español: a) STS 313/2018, Sala de lo Civil, 5 de febrero de 1985, R. de casación nº 2246/2015, Ponente: Cecilio Serena Velloso, Ponente Antonio Salas Carceller; b) STS 3901/2010, Sala de lo Civil, 21 de julio de 2010, R de casación No. 1965/2006 Ponente Antonio Salas Carceller; c) STS 6699/2012, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2012 R. de casación No. 294/2010 Ponente Francisco Javier Orduña Moreno; d) STS 5757/2000, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2000, R. de casación No. 2142/1995 Ponente José Ramón Vázquez Sandes; y, e) STS 771/2010, Sala de lo Civil, 25 de febrero de 2010, R. de casación No. 327/2005, Ponente Encarnación Roca Trías.

### 2.3.3.1. Subsidiariedad

Respecto a este primer epígrafe, aparentemente no existe ninguna duda de que, al ser un requisito de procedencia, es indispensable que no exista ningún otro tipo de acción prevista por la ley para que se pueda promover. Sin embargo, este no es un criterio que la doctrina considere como irrefutable, también en la jurisprudencia ha generado un poco de confusión.

Esta característica tiene un papel relevante en el presente estudio, ya que puede dejar abierta la posibilidad de una aplicación directa de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como se explicó anteriormente, uno de los requisitos para que se promueva la acción de enriquecimiento injusto consiste en que no exista otro medio de derecho, es decir, otra vía o procedimiento que permita promover la misma reclamación. En este punto, el TS español ha considerado como regla general su improcedencia si existe otra vía en el derecho que faculte la reclamación; ahora bien, existen ciertas excepciones que han sido contempladas en la propia jurisprudencia que se deben analizar.

En las Sentencias dictadas por el TS español de 14 de diciembre de 1994<sup>55</sup> y de 19 de julio de 2012<sup>56</sup> se realizan cuatro consideraciones en las cuales la acción de enriquecimiento injusto se podría acumular con el resto de las acciones promovidas, sin perjuicio de su característica de subsidiaria:

- i. Las pretensiones reclamadas en las acciones promovidas deben ser las mismas.
- ii. La verificación de si existe una regulación por normas concretas de la pretensión del enriquecimiento injusto.
- iii. La verificación de si la norma preferente de aplicación elimina cualquier otra vía.
- iv. La comprobación de si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad de éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable a la parte actora.

---

<sup>55</sup> STS 19356/1994, Sala de lo Civil, 14 de diciembre de 1994, R. de casación No. 1134, ponente Francisco Morales Morales; STS 8174/1994, Sala de lo Civil. 14 de diciembre de 1994, R. de casación No. 3474/91, Ponente Francisco Morales Morales.

<sup>56</sup> STS 6699/2012, Sala de lo Civil. 19 de julio de 2012, R. de Casación No. 294/2010; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

Estas Sentencias abren la posibilidad de promover, en casos excepcionales, una acción de enriquecimiento injusto por vía directa, siempre que se la promueva acompañada de otra acción. Estos supuestos deberían ser desarrollados con más profundidad, ya que hablar de defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable a la parte actora implica una interpretación diferente a la que ya dio el propio TS español al afirmar que la acción de enriquecimiento injusto no es o no se realiza en sustitución de otra.

Desde el punto de vista doctrinario existen dos corrientes contrapuestas que defienden y critican el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto.

La corriente que defiende este carácter subsidiario tiene como principales exponentes a Méndez y Vilalta (2000, p. 9), quienes explican que las otras acciones que regulan el desplazamiento patrimonial injustificado gozan de una regulación específica y, por lo tanto, coinciden en el fundamento, pero que no por eso se debería aplicar de manera inmediata, sino que debe ser restringida para los casos que no cuenten de esta regulación puntual.

En esta misma línea, según Puig Brutau (1956, pp. 606-608), la acción debe tener la calidad de subsidiaria, por cuanto cumple la función de llenar vacíos en la ley. El principal argumento es que, de aplicarse de manera directa, podría entrar en conflicto con otras acciones previstas para los mismos casos, lo que provocaría inseguridad jurídica.

Se podría deducir que uno de los objetivos que se pretende conseguir al establecer la acción de enriquecimiento injusto como subsidiaria es eliminar una posible elusión de las otras acciones previstas para los mismos casos, así como evitar un posible uso indiscriminado que genere un abuso de la figura.

Así mismo, el carácter de subsidiaria se podría explicar partiendo del análisis de su fundamentación en la medida en que, al estar sustentada por un principio general del derecho, que tampoco se aplica de forma inmediata y directa, la acción no podría tener una naturaleza distinta y, por lo tanto, serviría para suplir cualquier vacío que se encuentre en la ley.

En el mismo sentido, Schulz sostiene que las acciones romanas que permiten obtener una restitución en caso de enriquecimiento injusto «(...) deben quedar estrictamente confinadas a ciertos casos claramente definidos, pues de lo contrario amenazan con

sembrar la confusión y quebrantar todo el sistema de acciones y, con ello, todo el sistema del derecho privado» (tomado de Puig Brutau, 1956, p. 607).

Este criterio doctrinario, nos explica Díez Picazo y Ponce de León (2007, pp. 238-240), ha sido compartido por parte del TS español en la Sentencia de 12 de abril de 1955. En ella se analizaba el caso concreto de la acción por culpa aquiliana, en la que el este Tribunal resolvió eliminar el carácter de subsidiaria.

La acción por culpa aquiliana o extracontractual tiene su origen en la Ley Aquilia del derecho romano, que regulaba el daño causado por el delito o cuasidelito, cuyo elemento determinante era el dolo o la culpa con la que se realizaba la acción.

En este sentido, podemos advertir que, tanto la acción aquiliana como la acción de enriquecimiento injusto, tienen por objeto reparar el daño causado: en la primera, por los daños realizados como consecuencia de un delito o cuasidelito; en la segunda, la reparación es por los daños cuyo origen sean los contratos y los cuasicontratos.

En esta virtud, consideramos que el criterio del TS español de eliminar la subsidiariedad a la acción aquiliana está plenamente justificado, ya que, como manifestó Schulz, esta acción aquiliana quedó confinada a un supuesto concreto y, por ello, resulta lógico que se la tenga que promover de forma directa, al ser un procedimiento idóneo para indemnizar por los daños causados como consecuencia del delito cometido.

Por otra parte, la segunda corriente, crítica con la concepción de subsidiariedad en la acción de enriquecimiento injusto, está representada por Lacruz (2005, p.105) y Díez-Picazo (1996, p.104), quienes defienden que, por más que exista otra acción para defender lo mismo, estas no son excluyentes entre sí, y que su aplicación debe darse en función de la efectividad que se pretenda en cada caso. Específicamente, Díez-Picazo plantea que es perfectamente posible que se dé un concurso de acciones y que su ejercicio se encuentre facultado a las partes, por lo que, también, es posible que se produzca una acumulación de estas.

De las corrientes antes analizadas, consideramos que la manera idónea de promover la acción de enriquecimiento injusto es manteniendo el requisito de subsidiariedad, ya que el ordenamiento jurídico prevé acciones específicas para cada supuesto, lo que efectivamente puede generar una elusión de acciones e, inclusive, un abuso de derecho que ponga en riesgo la seguridad jurídica.

De la misma manera, consideramos que también es procedente que la acción de enriquecimiento injusto se pueda promover de manera conjunta con otras, siempre que se cumplan los requisitos expuestos anteriormente.

Además, creemos que el único supuesto en el que podría ser procedente que se promueva esta acción de forma directa debería ser siempre que no exista ninguna otra acción, ya que, como vimos anteriormente, esta acción no podría ser autónoma, debido a que su origen es una reparación de actos extracontractuales y que se adecuan perfectamente a las acciones previstas dentro del derecho de daños.

### **2.3.3.2. Inexistencia de elementos subjetivos**

En la Sentencia del TS español dictada el 31 de marzo de 1992<sup>57</sup> se establece la posibilidad de que exista o no mala fe en la actuación que conlleve al resultado del enriquecimiento injusto señalando que «(...) la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe».

En este punto, estaríamos haciendo referencia a la aplicación absoluta de una responsabilidad objetiva que, según Salvador y Ruiz (2002, p. 2), consiste en la figura opuesta a la responsabilidad por culpa, de manera que se configura única y exclusivamente si se produce el daño. Por ello, una vez que se haya comprobado la existencia del daño, el sujeto de la relación jurídica que lo produjo en detrimento del otro está en la obligación de restituirlo.

### **2.3.3.3. Negocios jurídicos inválidos o viciados de nulidad**

El TS español ha mantenido una postura muy firme respecto a la improcedencia de la acción de enriquecimiento injusto para aquellos casos en los que las relaciones contractuales no hayan sido invalidadas<sup>58</sup>, es decir, el desplazamiento patrimonial que se produce dentro de una relación contractual que no ha sido invalidada no puede considerarse como enriquecimiento sin causa, por cuanto está amparada por la ley o por el acuerdo de las partes (vínculo jurídico que lo justifica), conforme a la doctrina sostenida por el TS español.

---

<sup>57</sup> STS 2846/1992, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 1992, R. de casación No. 370/1990, ponente Pedro González Poveda.

<sup>58</sup> STS 1947/1998, Sala de lo Civil, 24 de marzo de 1998, R. de casación No. 745/1994, ponente Román García Varela.



La improcedencia está basada en el fundamento de que aquella persona que se enriquece estando dentro del ordenamiento jurídico puede accionar cualquier otro tipo de vía jurídica (incumplimiento de contrato, lesión enorme, etc.), en función de su caso específico; mientras que, si se acepta la posibilidad de que se configure el enriquecimiento sin causa en una relación jurídica válida, se estaría atentando a la seguridad jurídica.

#### **2.3.3.4. Resultado**

El resultado injustificado es la esencia y el núcleo de la acción del enriquecimiento sin causa, es decir, que es indispensable que exista una conexión entre el resultado y el negocio jurídico inválido.

#### **2.3.3.5. Vía de tramitación**

En relación con la vía por la que se ha de tramitar la acción, es necesario tener en cuenta que ni el ordenamiento jurídico español ni el ecuatoriano han establecido una específica para hacerlo. En estos casos, la legislación ecuatoriana y española, a través de sus leyes adjetivas civiles, a saber, el Código Orgánico General de Procesos, publicado el 22 de mayo de 2015 en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 (en adelante, COGEP) y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), han previsto que sea el procedimiento ordinario el que se utilice para tramitarlas.

En el caso de Ecuador, el art. 289 del COGEP establece: «Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación».

En Ecuador los pronunciamientos jurisprudenciales respecto al enriquecimiento injusto se han dado en casos relativos al cobro de títulos ejecutivos<sup>59</sup>, uso de propiedad intelectual y como acción de restitución. Los puntos más importantes que han quedado se analizan en los siguientes párrafos.

---

<sup>59</sup> SCSJ s/n, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1939, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 161. Año XXXVII. Serie V. Nro. 161. P. 3986.

En primer lugar, la CNJ mediante Sentencia de 16 de agosto de 2012<sup>60</sup>, ha considerado el enriquecimiento injusto como un principio de derecho natural, específicamente manifestando que «(...) es equitativo que nadie se enriquezca ni obtenga provecho con detrimento ajeno y sin derecho», lo que nos lleva a concluir que para el sistema jurídico ecuatoriano esta figura se enmarca dentro del primer supuesto que analizamos, es decir, como principio general del derecho.

En este mismo sentido, la CSJ, mediante Sentencia de 22 de octubre de 1991<sup>61</sup> ha definido la figura como un concepto que comprende o envuelve la idea de un daño patrimonial resultante del desplazamiento ilegítimo, injusto, sin sustento jurídico, de un bien en provecho de una persona y en perjuicio o desmedro de otra.

En segundo lugar, este órgano de justicia, la CSJ, estableció que, si se utiliza el enriquecimiento injusto en su tercer supuesto, es decir como acción, en esta se tiene que reclamar necesariamente una pretensión económica. De la misma manera, respecto al objeto de prueba en la acción de enriquecimiento injusto, la Sentencia de 21 de septiembre de 1953<sup>62</sup> establece que esta se debe centrar sobre el hecho de retener en su beneficio sin título alguno la cantidad prestada, no obstante de haberla recibido en calidad de préstamo, es decir, con cargo de restituirla.

En tercer lugar, para el caso específico de los títulos ejecutivos, la CSJ, mediante Sentencias de 9 de mayo de 1942<sup>63</sup> y de 3 de octubre de 1973<sup>64</sup>, ha sostenido que la acción de enriquecimiento injusto subsiste sin establecer una especialidad distinta de la cambiaria, que se configura cuando se constata que una parte recibió la cantidad por la que se ha ejecutado, ingresando ella, por consiguiente a su patrimonio, sin que, por otro lado, parezca que la haya devuelto ni se haya extinguido la obligación por otro medio legal.

---

<sup>60</sup> SCSJ 828-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familiar, 1 de febrero de 2010, R. casación 90/2009, Ponente: Manuel Sánchez Zuraty, Publicado en el Registro Oficial Edición Especial 322 de 16 de agosto de 2012.

<sup>61</sup> SCSJ s/n, Cuarta Sala de la Corte Suprema, 22 de octubre de 1991, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 13. Año XCII. Serie XV. Nro. 13. P. 3933.

<sup>62</sup> SCSJ s/n, Sala Civil, 21 de septiembre de 1953, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 4. Serie VIII. No. 4. P.338.

<sup>63</sup> SCSJ s/n, Sala Civil, 9 de mayo de 1942, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 10. Año XXXIX. Serie VI. Nro. 10. P.170.

<sup>64</sup> SCSJ s/n, Sala Civil, 3 de octubre de 1973, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 4. Año LXXIV. Serie XII. No. 4. P. 735.

La CSJ, de manera más reciente, mediante Sentencia de 28 de junio de 2000<sup>65</sup>, estableció que, si se pretende ejercer la acción cambiaria de enriquecimiento injusto por la vía ejecutiva, necesariamente debe promoverse conjuntamente con la acción directa o de retorno, sea de pago o de reembolso, ya que la primera se constituye en accesoria de la segunda; pero si se trata de ejercer la acción de *in rem verso* para alcanzar que no se produzca un enriquecimiento injusto, y se promueve al efecto un proceso de conocimiento por la vía ordinaria, por ser acción principal, puede perfectamente promoverse sola, y no como pretendía la parte recurrente, como accesoria de otra acción principal.

Precisamente la acción de *in rem verso* es subsidiaria, procede en todos los casos en que quien sufre el empobrecimiento injusto carece de una acción directa.

Una vez que se ha analizado la construcción jurisprudencial del enriquecimiento injusto como acción, podemos llegar a concluir que el estudio realizado por el TS en España es mucho más amplio que el realizado por la CNJ en Ecuador, lo que ha permitido que, a través de la jurisprudencia, se creen los supuestos aplicables, las características esenciales y los requisitos de procedencia de esta. El desarrollo jurisprudencial que ha realizado España podría ser adoptado por Ecuador para los casos en que se necesite y sean aplicables.

A nuestro modo de ver, el desarrollo jurisprudencial ha aclarado varias cuestiones que en la doctrina no habían sido discutidos y concretan el alcance de esta.

El primero, versa sobre la improcedencia del enriquecimiento injusto en una relación jurídica que está amparada en el derecho, ya que es necesario que el nexo causal que une el negocio jurídico con el resultado (desplazamiento patrimonial) sea inexistente o haya sido declarado nulo. Este elemento es vital en nuestro estudio, ya que, si se utiliza la acción de enriquecimiento injusto para reclamar un resultado desfavorable, parcial o total, dentro de un negocio jurídico válido, podría conllevar un abuso de derecho o restarle seguridad jurídica a los contratos celebrados por las partes, ya que cualquiera de ellas que se sienta afectada podría promoverlo, y así abrir la posibilidad de restituir el patrimonio desplazado en cualquier caso en que se considere que fue injusto.

---

<sup>65</sup> SCSJ 313/97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil; 28 de junio de 2000, R. de casación No. 273, Ministros jueces Santiago Andrade Ubidia, Galo Galarza Paz y Tito Cabezas Castillo, Publicado en el Registro Oficial 134 de 3 de agosto de 2000.

El segundo, consiste en la naturaleza subsidiaria de la acción, ya que eso evita la elusión de acciones directas que tienen una regulación específica en la norma y que están previstas para atender las necesidades de las partes, de manera que solo en casos puntuales se faculta su promoción directa. También se ha abierto la posibilidad de que sea promovida de forma conjunta con las acciones directas, lo que en nuestro criterio tiene por objeto reforzar los argumentos planteados en la acción principal, y poder incorporar ciertos matices provenientes de su fundamento, como principio general del derecho, en la litis.

El tercero, radica en que el enriquecimiento injusto es una figura que conlleva una responsabilidad objetiva, ya que la jurisprudencia citada ha sido clara respecto a que es irrelevante el dolo o la culpa con la que actuó el sujeto para que se produzca el detrimento patrimonial en su favor, ya que basta con que se haya generado para que se le imponga la condena de restitución del patrimonio desplazado; es decir, queda eliminado cualquier tipo de apreciación subjetiva.

Todos estos elementos han servido para aclarar que, aunque existan otras acciones que también tienen por objeto reparar el daño causado o conseguir una restitución patrimonial, el elemento determinante para definir la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto es su origen, ya que nos obliga a analizar si el desplazamiento patrimonial provino de un contrato, un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito.



## Resumen de la primera parte

La primera parte de este trabajo se dividió en dos capítulos a fin de contar con todos los elementos necesarios para comprender el origen y alcance de la institución en estudio. El objeto del primer capítulo consistió en realizar un estudio general respecto a la figura del enriquecimiento injusto. Se abordó de manera sucinta la historia y la evolución, así como la definición y las diferencias que existen entre el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa. Esto nos permitió delimitar el marco normativo, doctrinario y jurisprudencial en el que se basará el análisis de la aplicabilidad de esta figura en el derecho laboral.

Hicimos mención en este primer capítulo a que el enriquecimiento injusto es una figura que nació en el derecho romano, en un primer momento como una regla moral, y que fue evolucionando hasta convertirse en un principio general del derecho que transmite una conducta del *deber ser*.

Así mismo, se analizó que existen tres vertientes de estudio desde el punto doctrinario para abordar al enriquecimiento injusto: como principio general del derecho, como fuente de las obligaciones y como acción. De la misma manera, vimos que en los sistemas jurídicos del *common Law* el enriquecimiento injusto tiene mayor desarrollo en Inglaterra que en Estados Unidos y que, a partir de los años 90, fue cuando se empezó a dar un perfeccionamiento de este.

Así, también se dejó claramente establecido que esta figura es propia del derecho civil patrimonial y que, a la vez, recoge una máxima del derecho consistente, la que dice que nadie puede enriquecerse sin justa causa en detrimento de otro.

Una vez que estudiamos en profundidad las definiciones de enriquecimiento injusto y sin causa, dejamos clara la postura de que en la primera de estas se refleja una conducta de *deber ser*, en la que la discusión es de carácter filosófico por la subjetividad del término *injusto*; mientras, en la segunda, se fijó claramente que está dentro del ámbito jurídico, por la necesidad de la inexistencia de una causa.

También hicimos referencia a que el patrimonio es un elemento común que comparten ambas figuras. Dejamos claramente determinado que, a nuestro modo de ver, el patrimonio era un atributo de la personalidad que debía necesariamente tener un titular y en el que se encontraban todos los bienes susceptibles de ser cuantificados, fuese

cual fuese la naturaleza que tuviesen, por lo que era posible que existieran varias modalidades de enriquecimiento.

En este mismo sentido, y con el objeto de entender el fundamento de la figura en estudio, nos remitimos a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, aplicables tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo de derechos humanos, a partir de los que pudimos advertir que esta figura tiene una estrecha relación con el derecho humano a la propiedad, debido a que su resultado es el desplazamiento patrimonial de una de las partes.

En el segundo capítulo, estudiamos en profundidad cada una de las tres vertientes del enriquecimiento injusto. En primer lugar, analizamos el enriquecimiento injusto como principio general del derecho, en el que sostuvimos la postura de que estos son sumamente importantes para los ordenamientos jurídicos, ya que según nuestro criterio permiten suplir vacíos legales, ayudan a la interpretación de las normas y reflejan el *deber ser* de los negocios jurídicos, de manera que, si bien son principios conocidos por todos, no impide que puedan ser incorporados dentro de las normas y que por ello pierdan su calidad.

En segundo lugar, abordamos el enriquecimiento injusto/sin causa como fuente de las obligaciones. Establecimos que, si bien la doctrina las utiliza como sinónimos, no es cierto que ambas generen una obligación. Se afirmó también que, si bien el enriquecimiento sin causa está concebido como una fuente autónoma de las obligaciones por parte de la doctrina moderna, los argumentos en los que se sustenta son débiles, ya que se omite uno de los elementos básicos para la existencia de la obligación, que es el vínculo jurídico, lo que únicamente lo convierte en una manifestación de una responsabilidad objetiva, que no puede ser desvinculada del derecho de daños. Por ello, dejamos fijado que el enriquecimiento sin causa se podría considerar como una fuente de obligaciones que está contemplada dentro de los cuasicontratos.

En tercer lugar, estudiamos el enriquecimiento injusto desde el derecho civil adjetivo, es decir, como acción. En este marco logramos establecer que los requisitos sustantivos para su configuración son el enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la otra y la ausencia de causa; por otro lado, los requisitos adjetivos de procedencia de la acción son la subsidiariedad, la inexistencia de

elementos subjetivos, la inexistencia de causa en negocios jurídicos inválidos o nulos, el resultado y la vía de tramitación.

A lo largo de este capítulo hemos dejado claramente establecida nuestra postura en todos los asuntos tratados, ya que estos constituyen la base sobre la que vamos a construir, a través de la analogía, los conceptos y el fundamento del enriquecimiento injusto en material laboral, así como los posibles supuestos de aplicación, toda vez que —como se ha manifestado— no existe mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial al respecto.





**SEGUNDA PARTE:**  
**EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN MATERIA LABORAL**



### Capítulo III

#### La construcción del enriquecimiento injusto en materia laboral

Hemos decidido dividir la segunda parte de esta tesis doctoral en tres capítulos, a los que, por el orden en el que se viene desarrollando, les corresponden la numeración de tercero, cuarto y quinto.

En el presente capítulo, que es el tercero, vamos a tratar de establecer si el enriquecimiento injusto, una figura de naturaleza civil, es aplicable en el derecho laboral. Para poder confirmar o desechar esta hipótesis, es necesario seguir la estructura que utilizamos en la primera parte, es decir, dividir el estudio de la figura en sus tres vertientes doctrinarias, esto es: el principio general del derecho, la fuente de obligaciones y la acción.

En el cuarto capítulo analizaremos la relación que existe entre el enriquecimiento injusto con las demás figuras presentes en el art. 327 de la CRE: el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones, y su posible sanción o penalización, con el objeto de establecer si estas son figuras aisladas o si existe algún tipo de relación entre ellas.

Por último, en el quinto capítulo estudiaremos la precariedad laboral como fundamento para la inserción del enriquecimiento injusto en el derecho laboral.

#### **3.1. Antecedentes: El derecho al trabajo en la Constitución del Ecuador.**

En la primera parte de esta tesis doctoral se analizó la figura del enriquecimiento injusto desde la perspectiva de su origen en el derecho civil. Como es sabido, estábamos enmarcados en una rama del derecho que regula las relaciones jurídicas entre privados, en las que existe una presunción respecto a que las partes están en condiciones iguales de negociación.

Al hablar de enriquecimiento injusto en materia laboral, queda claro que su tratamiento y aplicabilidad varía, en la medida en que cada una de las ramas del derecho tiene una característica distinta. Con el objeto de brindar el contexto necesario respecto a las características de la rama del derecho en la que se centra este estudio, haremos una mención muy breve sobre el concepto de trabajo y de derecho laboral.

La palabra *trabajo* en el Diccionario de la RAE se define como 'el esfuerzo humano aplicado a la producción de la fuerza', es decir, está comprendida todo tipo de

actividad intelectual o material que realice el ser humano destinada a la generación de riqueza.

En cuanto a la definición de *derecho laboral*, debemos tener presente que existen un sinnúmero de cuestiones que podríamos mencionar; sin embargo, para nuestro estudio resultan relevantes aquellas opiniones doctrinarias que definen a esta rama, haciendo referencia a la finalidad del trabajo.

En primer término, encontramos a De la Cueva (2009, p. 85), quien explica que «(...) el nuevo derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital». No obstante, Trueba Urbina (1981, p. 135) lo concibe como « el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana».

Estas definiciones nos permiten tener una idea clara: el derecho laboral es una rama de carácter social y tuitivo cuya finalidad consiste en proteger y defender a las personas trabajadoras, basándose en que las actividades que realizan para un tercero, sean materiales o intelectuales, son su única fuente de sustento, lo cual les convierte en la parte más débil de la relación jurídica. Por el contrario, en las definiciones antes citadas no se menciona a los titulares de las empresas, ya que se parte de la idea de que estos están en la capacidad de protegerse solos.

En este mismo sentido, Dávalos (2016, p. 52) considera que el derecho al trabajo es un conjunto de normas jurídicas de orden público que tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones laborales. El titular de la empresa tiene la obligación de respetarlas, de manera que, si se produce una transgresión a estas, la persona trabajadora subordinada tiene una protección garantizada por el Estado. Esta definición nos permite comprender la razón por la cual en el derecho al trabajo, a diferencia de otras ramas del derecho, se justifica la presencia del Estado como una parte más de la relación jurídica.

El Estado ha formado parte de la relación laboral desde la consolidación de la revolución industrial; empero, después de la globalización y la deslocalización, ha venido perdiendo fuerza, ya que es un mercado en el que los requerimientos económicos y de producción necesitan adaptarse muy rápido, y en el que la

competitividad ya no depende de los bajos costos, sino de la satisfacción a demandas puntuales por parte de las personas titulares de las empresas.<sup>66</sup>

La forma clásica de intervención legal del Estado consistía en fijar un orden laboral a través del establecimiento de estándares mínimos de condiciones de trabajo, salario mínimo, entre otros. Esto se conoce en terminología anglosajona como *hard law*. Actualmente, se ha venido produciendo una intervención del Estado a través de recomendaciones, orientaciones, directrices y recomendaciones de buenas prácticas, que son también conocidas, en esa misma terminología, como *soft law*. Estas últimas tienen mayor impacto en las relaciones laborales que se desarrollan fuera de las fronteras de un país. Esto no quiere decir que ambas sean excluyentes, sino que la intervención de *soft law* se presenta como un elemento complementario a las actuaciones de *hard law*.

Por ello, resulta entendible que en las relaciones laborales se requiera de un tercero, llamado Estado, que, a través de su poder legislativo, construya leyes que equilibren la balanza entre las partes, es decir, entre personas trabajadoras y titulares de las empresas.

Consideramos que el derecho al trabajo tiene la finalidad de proteger la desigualdad propia de la relación jurídica persona trabajadora-persona empleadora/empresaria, en la que se busca una justicia social, de manera que en esta rama la prohibición de enriquecerse injustamente a costa de otro debería estar en estrecha relación con el fin del derecho laboral.

Como se ha venido explicando a lo largo de este trabajo, el enriquecimiento injusto cobra protagonismo en el derecho laboral con la CRE de 2008 en Ecuador, ya que, salvo error u omisión por nuestra parte, es en la única legislación en la que hemos encontrado un enunciado constitucional respecto a la prohibición de enriquecerse a costa del trabajo de otro.

En este sentido, nosotros consideramos que esta disposición se encuentra en perfecta armonía con la forma en que se reconoció al derecho al trabajo en la Constitución del Ecuador; sin embargo, al buscar autores ecuatorianos que hicieran un análisis

---

<sup>66</sup> En este sentido, González-Posada Martínez (2018, pp. 15-20) manifiesta que hoy resultan evidentes las transformaciones acaecidas en el marco de las relaciones entre Estado y mercado, pero más ensombrecidas quedan las fisuras que se aprecian en el escenario jurídico e institucional, ya que la modificación de las relaciones clásicas entre política y economía han alterado el escenario en que el Estado y el mercado han actuado.

respecto a este asunto, no pudimos encontrar mayores pronunciamientos, por lo que, con el ánimo de realizar un aporte a la doctrina laboral del país, consideramos necesario analizar en profundidad el art. 33 de la CRE, para lo cual tomaremos ciertos conceptos que son coincidentes con la definición de derecho al trabajo en la Constitución Española de 1978, que han sido ampliamente estudiados por la doctrina de ese país.

El derecho al trabajo tiene un tratamiento particular en la CRE, ya que su reconocimiento y desarrollo han sido plasmados en dos epígrafes distintos del texto. El primero se encuentra ubicado en la parte dogmática, específicamente en el art. 33. Ahí se lo reconoce y se define en los siguientes términos:

«(...) 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».

El segundo se encuentra enmarcado dentro del régimen de desarrollo<sup>67</sup>, que ha sido concebido por la CRE en el art. 275 como «(...) un conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas políticos, socioculturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir<sup>68</sup>». Sus objetivos están encaminados a que el ejercicio de los derechos que lo integran estén siempre de acuerdo con los principios de equidad e igualdad.

---

<sup>67</sup> El Régimen de desarrollo se encuentra en la sección tercera del capítulo sexto de la CRE, en cuyo art. 276 establece los siguientes objetivos: “1. *Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución*; 2. *Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable*; 3. *Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público*; 4. *Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural*; 5. *Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial*; 6. *Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado*; 7. *Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.*”

<sup>68</sup> El “Buen Vivir” es un constructo plasmado en la CRE que consiste en el goce efectivo de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y el ejercicio de sus responsabilidades, en el marco de una convivencia ciudadana –que comprende la interculturalidad, el respeto de las diversidades y el respeto de la dignidad de las personas y colectividades- y convivencia armónica con la naturaleza, que promueve la democracia y el bien común y antepone el interés general sobre el interés particular.

Con el fin de explicar ambos de manera clara, consideramos que es necesario, debido a la extensión de cada uno de ellos, estudiar en primer lugar el trabajo en el régimen de desarrollo, para, en segundo lugar, analizar con la definición del derecho al trabajo.

Resulta pertinente analizar, primero, el papel del trabajo en el régimen del desarrollo de la CRE, ya que consideramos que la información ahí proporcionada nos permitirá entender de mejor manera la definición del derecho al trabajo y nos aportará elementos que son indispensables para, posteriormente, advertir la relación que tienen con el enriquecimiento injusto.

En el epígrafe constitucional denominado «Régimen de desarrollo», previsto en el art. 276.2 de la CRE, se aborda el trabajo en relación directa con la economía. Se establece que el objetivo primordial será «construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable».

De lo transcrito se advierte que el objetivo primordial del Estado es la distribución igualitaria de los recursos provenientes de la economía, lo que se pretende lograr a través de la construcción de políticas públicas. En este sentido, consideramos que haber concebido el trabajo de esta manera permite reivindicar la figura del ser humano en la relación trabajo-capital, ya que le otorga un papel fundamental en la generación de riqueza e influye en que exista una distribución equitativa de esta, lo cual es muy loable, pero difícil de conseguir en un modo de producción capitalista, de libre mercado, en el que la corriente mundial tiende a la generación de capital desmedido.

En este punto, cabe referirnos a una de las características más importantes de la CRE, la que versa con respecto a su estructura, ya que en esta se han dedicado epígrafes específicos, como para el caso del trabajo en el régimen de desarrollo, para incorporar disposiciones que son propias de las normas inferiores. Por ejemplo, respecto a las relaciones laborales ha reconocido diversas modalidades de trabajo; ha recogido y, a la vez, ha regulado los principios del derecho al trabajo y ha enumerado las conductas prohibidas en las relaciones laborales, entre otras. Esto, desde nuestro punto de vista, fue un mecanismo utilizado por el constituyente para que, a partir de la rigidez y supremacía propia de la Constitución, se garantizase el cumplimiento de todas estas disposiciones, fuese cual fuese el desarrollo normativo inferior, unido a que para



realizar cualquier tipo de modificación a estos es necesario realizar una reforma a la Constitución.

Por ello, consideramos que todas las disposiciones que se hicieron constar respecto al derecho laboral en el epígrafe sobre el régimen del desarrollo, en la práctica, terminan siendo parte complementaria de la definición del derecho al trabajo, ya sea porque se trata de principios, modalidades de contratación, o conductas prohibidas que regulan su aplicación.

Para facilitar el estudio de la definición de derecho al trabajo hemos decidido dividirla en seis premisas fundamentales, que se plasman en aquellas expresiones que forman parte del art. 33 de la CRE, anteriormente citado, y que consisten en:

- i) Que el derecho al trabajo es un derecho y deber social.
- ii) Que el derecho al trabajo es un derecho económico base de la economía.
- iii) Que el derecho al trabajo es una fuente de realización personal, respecto a la dignidad y a una vida decorosa.
- iv) Que el Estado garantizará una remuneración justa.
- v) Que el trabajo debe ser saludable.
- vi) Que el trabajo debe ser libremente escogido y aceptado.

La primera expresión que forma parte de la definición es que el trabajo es un derecho y un deber social. En primer lugar, al hablar de trabajo como un derecho debemos dejar establecido que este no siempre fue reconocido como un derecho humano. En este sentido, Innerarity (2008, pp. 69–108) manifiesta que en la época clásica predominaba una actitud de rechazo al trabajo, sobre todo por parte de Aristóteles y Platón, quienes lo consideraban como un lazo de conexión con la materia que impedía al ser humano establecer el acceso a lo espiritual y, por el contrario, lo sometía a las necesidades de la vida o al dominio del amo que manda sobre el esclavo.

Por su parte, Ruprecht (1977, pp. 962, 963) explica que en esta época, aunque existía una cierta distinción respecto a los trabajos realizados por obreros libres o por esclavos, ambos eran considerados como una actividad degradante que menoscababa la dignidad humana, ya que la esclavitud, además de ser un medio de obtención de mano de obra barata, constituía un mecanismo para apartar al hombre de las necesidades reales de la vida y salvaguardar su libertad.

A lo largo de la historia moderna, sucedieron diversos acontecimientos que generaron una evolución del concepto de trabajo que derivó en el reconocimiento de este como un derecho. Existen varios sucesos, que, a nuestro modo de ver, son los fundamentales para haber conseguido este reconocimiento: la promulgación de la Constitución Alemana de Weimar de 1917, ya que no solo marcó un hito en el reconocimiento del derecho al trabajo, sino en todos los derechos sociales; la Constitución de Querétaro de 1917; la creación de la OIT en 1919; y la Declaración de Filadelfia de mayo de 1944.

Estos eventos fueron determinantes para que los Estados se vieran en la necesidad de reconocer que el trabajo es un elemento esencial para su organización y supervivencia, ya que no se agota con permitir que el ser humano pueda autosustentarse, sino que es un elemento indispensable para la economía de un país, por lo que la mejor forma de realizar este reconocimiento consistió en incluirla dentro del catálogo de derechos previstos en la Constitución.

El derecho al trabajo en la CRE tiene la función de garantizar el acceso y la continuidad en los puestos de empleo. Debe prevalecer el principio de igualdad y no discriminación por causas de religión, sexo, género, etnia, raza, afiliación sindical o lengua, entre otras. Lo antes expuesto se podría realizar en un escenario ideal, en el cual el Estado estuviera en capacidad de garantizar y otorgar a todos los ciudadanos que lo solicitaran las fuentes de empleo y la continuidad previstas; sin embargo, esto no es así, ya que es un derecho programático que está ligado a la política social y económica del Estado, de manera que su ejercicio está siempre unido y es dependiente de las políticas públicas creadas por cada Gobierno.

Pese a que existe una responsabilidad del Estado de garantizar el derecho al trabajo en los términos previstos en la Constitución, lo cierto es que no existe la posibilidad de exigir su cumplimiento a través de los recursos constitucionales establecidos; sin embargo, por su propia naturaleza, está en posibilidad de brindar criterios orientadores al legislativo para que se creen normas que estén en concordancia y en armonía con los términos de su reconocimiento<sup>69</sup>.

En cuanto al deber social, Ruprecht (1977, p. 963) explica que el ser humano, al vivir en sociedad, carece de bienes propios para su manutención y la de su familia, por lo

---

<sup>69</sup> Esta característica es coincidente con el reconocimiento que realiza la Constitución de 1978 sobre el derecho al trabajo, ya que también es un derecho programático que está ligado a la política social y económica del país, por lo que no se puede exigir su cumplimiento a través de recursos constitucionales.

que no tiene otro ingreso que su trabajo, de manera que la sociedad (el Estado) es la que debe proveerle o entregarle esa fuente de dos maneras, dándole trabajo o manteniéndolo sin trabajar, aunque con la obligación de hacerlo cuando se lo exija.

Desde nuestro punto de vista, el trabajo es efectivamente el medio a través del cual los seres humanos pueden subsistir en sociedad, pero discrepamos de manera parcial con lo expuesto por el autor, ya que el Estado, por regla general, no puede asumir el rol de mantener a una persona sin trabajar, ya que esta se convierte en una carga muy elevada para el resto de la sociedad, por lo que consideramos que debe crear políticas públicas efectivas para que sus ciudadanos estén en aptitud de tener una fuente de empleo. Sin embargo, consideramos que este objetivo es imposible de conseguir si no se complementa con la iniciativa privada. De esta manera, uno de los puntos esenciales que deben constar en esas políticas públicas debe ser la de otorgar incentivos a aquellas empresas que estén en constante generación de empleo de calidad y con buenas condiciones para los trabajadores.

Esto tiene estrecha relación con la segunda parte de la expresión en análisis, que consiste en el deber de trabajar. Este, según se establece en el texto constitucional, es de característica social. Sin embargo esto no quita la posibilidad de que sea entendido como un deber constitucional.

Para la RAE la expresión *deber constitucional* significa ‘vinculación y obligación de los ciudadanos derivadas de regulaciones establecidas en la propia constitución’; es más, añade: «(...) en sentido estricto, son principalmente los deberes de defensa y de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas».

Los deberes constitucionales según Goig (2011, pp. 116-121) son obligaciones de hacer, dar o no hacer que se imponen a los particulares en beneficio de los intereses generales de la comunidad política. El hecho de que la Constitución haya establecido que el trabajo es un deber social de tipo constitucional no implica que su obligatoriedad sea automática, ya que para que esto suceda se necesita de la intervención legal. Por lo tanto, para que un deber constitucional sea exigible al ciudadano, se necesita una norma legal que defina su alcance y significado de forma precisa, en el que consten las sanciones correspondientes por su incumplimiento, siempre que respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por el contrario, si no existe una norma legal que defina su alcance, la función de los deberes constitucionales se limita a un *deber ser*, es decir, serían patrones de

referencia para la formación de la voluntad legislativa y constituirían un fundamento para la creación legal de obligaciones específicas para el desarrollo de la Constitución.

En este caso, al ser el trabajo un deber social constitucional, se puede entender desde tres posturas:

- i. El derecho al trabajo es una orientación a los poderes públicos, que deben tener en cuenta en el momento de desarrollar sus actividades.
- ii. El derecho al trabajo es una obligación jurídica para los poderes públicos.
- iii. El derecho al trabajo es un derecho que puede ser accionado por los ciudadanos frente a los poderes públicos con el objeto de obtener un puesto de trabajo.

Para Rubio Llorente (2015, pp. 30-31), la finalidad y las consecuencias de este mandato resultan difíciles de determinar, porque implican la imposibilidad del Estado para exigir jurídicamente su cumplimiento, al no poseer los medios para realizarlo, en tanto que en España y en Ecuador, al ser economías de mercado, la creación de los puestos de trabajo no está dada únicamente por el Estado<sup>70</sup>, sino que también intervienen los particulares.

Por lo expuesto, consideramos que el deber de trabajar no puede quedar únicamente reducido a un deber social, sino que debe ser considerado como un deber constitucional de tipo genérico. Aunque no constituye una obligación legal y coercible, por la falta de norma que detalle su alcance y posibles sanciones, lo cierto es que es una obligación impuesta a los ciudadanos como parte de su compromiso al vivir en sociedad, ya que este forma parte esencial de las cargas públicas que debe asumir el Estado.

La segunda expresión que forma parte de la definición del art. 33 de la CRE consiste en que el derecho al trabajo es un derecho económico<sup>71</sup> y base de la economía, lo cual, según Witker (2008, pp. 279-283), es correcto, ya que ambas disciplinas confluyen en el ámbito del derecho social, debido a que, tanto el Estado como el mercado, son los que definen los modelos económicos en cada país.

---

<sup>70</sup> El Estado puede únicamente elaborar políticas públicas o programas que ayuden a los grupos más vulnerables o en menores condiciones a conseguir un empleo, así como diseñar incentivos para su contratación.

<sup>71</sup> El derecho económico nació como tal en Alemania a partir de 1920, al calor de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y cuando la llamada “cuestión social” y el naciente socialismo ruso agitaban los descontentos y las reclamaciones laborales. Nace, en consecuencia, ligado a la institución estatal, como una disciplina protectora de los sectores débiles y postergados (Witker, 2008, p. 276).

En un primer momento, cuando el Estado tenía una participación preponderante en el mercado se hablaba de que estábamos ante una economía mixta, cuyo objetivo principal consistía en generar un equilibrio entre derecho y garantías de los titulares de las empresas y de las personas trabajadoras. Sin embargo, al fortalecerse la globalización se produjo una intervención económica por parte de los sectores privados, lo que generó problemas respecto a la construcción de políticas públicas y legislación aplicable, capaz de adaptarse a una realidad de predominio del mercado.

Estos antecedentes permiten entender la presencia del derecho laboral, ya que esta, al ser una rama que regula las relaciones entre capital y trabajo tendiente a la protección del ser humano, busca que la fuerza de trabajo no esté al servicio de los agentes económicos, sino que tenga un enfoque social.

El derecho económico y el derecho laboral están íntimamente relacionados, debido a que la fuerza del trabajo depende de los agentes económicos, y viceversa, ya que para la producción de los bienes y servicios se necesita de trabajadores y de la participación estatal, por cuanto este último se encarga de dictar políticas públicas y normas que generen un equilibrio entre estas disciplinas.

En el caso del Ecuador, como vimos anteriormente, en la normativa constitucional prevalece el ser humano por encima del capital, lo que ha limitado la participación del mercado, debido a que las políticas públicas han estado direccionadas a mejorar las condiciones de las personas trabajadoras, sobre las condiciones del mercado, lo cual se instrumentalizó a través del Plan Nacional del Buen Vivir<sup>72</sup>.

Como se dijo anteriormente, la relación entre capital y trabajo en la CRE ha sido concebida como parte del derecho al buen vivir regulado en el régimen de desarrollo, lo que implica que el Estado no solamente se limita al reconocimiento del derecho, sino que tiene que garantizar el goce efectivo de este por medio de una planificación nacional que permita la erradicación de la pobreza, el desarrollo sustentable, la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, y los sistemas económicos,

---

<sup>72</sup> El Plan Nacional del Buen Vivir es el instrumento de planificación del Ecuador que se sustenta en la noción del Buen Vivir, siendo este algo que "(...) Se planifica, no se improvisa. El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad". El plan actual está delineado por seis dimensiones básicas: Diversificación productiva y seguridad económica, acceso universal a bienes superiores, equidad social, participación social, diversidad cultural y sustentabilidad. Estas dimensiones se concretan a través de un conjunto de 12 lineamientos estratégicos que, compuestos a su vez por objetivos, expresan la voluntad de continuar con la transformación histórica del Ecuador.

políticos, socioculturales y ambientales organizados, sostenibles y dinámicos (León Guzmán, 2015, pp. 16-79).

Desde nuestro punto de vista, el éxito de un modelo capitalista o de libre mercado depende de la energía que tengan ambas ramas. Se debe buscar un equilibrio entre el trabajo y el capital, ya que su existencia depende de la otra.

Únicamente como referencia (ya que en los próximos capítulos desarrollaremos estos asuntos en profundidad), debemos mencionar que en el Ecuador a partir del año 2008 se han dado cambios normativos destinados a conseguir un equilibrio entre capital y trabajo, sin perjuicio de lo que se señalará a continuación.

El primer gran cambio se dio con la promulgación del Mandato Constituyente No. 8<sup>73</sup>, en el que se eliminó la intermediación, la *tercerización (sic.)* laboral y la contratación por horas, al ser consideradas como formas de precarización laboral.

Otro de los cambios importantes se dio con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal<sup>74</sup> (en adelante, COIP), que tipificó como delito la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por ello, podemos ver que estos son solo ejemplos en los que el Estado a través de normas ha pretendido que, en este caso, los titulares de las empresas garanticen que el derecho al trabajo se ejerza en buenas condiciones, en el que se busque conseguir un equilibrio entre ambos, ya que mejora las prestaciones que reciben las personas trabajadoras y garantiza el cumplimiento de sus derechos. Consideramos que esta sigue siendo una tarea pendiente por parte del Estado, ya que las políticas públicas y las normas vigentes todavía no garantizan la disminución de la desigualdad existente entre las personas trabajadoras y titulares de las empresas.

La tercera expresión que compone la definición de derecho al trabajo en la CRE consiste en que el trabajo es una fuente de realización personal, lo cual implica un respeto a la dignidad y el acceso a una vida decorosa. Para abordar el estudio de estos, consideramos que es correcto hacerlo desde la perspectiva antropológica.

En cuanto a la realización personal, Izquierdo (2006, p. 85) considera que el ser humano es por naturaleza creativo y sociable, en el que su parte moral<sup>75</sup> juega un rol

---

<sup>73</sup> El mandato constituyente No. 8 se firmó en la Asamblea Constituyente el 30 de abril de 2008 y fue promulgado el 6 de mayo de 2008 en el Suplemento del RO no. 330.

<sup>74</sup> El COIP se promulgó el 10 de febrero de 2014 en el Suplemento 180 del RO.

fundamental, por lo que necesita que todo su entorno se adapte a la satisfacción de sus necesidades para que se consiga una realización personal; no obstante, el mismo autor señala que el ambiente laboral en el que se den prácticas de paralización del entendimiento, pérdida del sentido de la vida, falta de contacto con la naturaleza y exceso de estrés son las causantes de múltiples enfermedades físicas y de un sentimiento de frustración para el ser humano.

Otro punto en el que debemos detenernos es respecto a la dignidad en el trabajo, la cual Somavia (2015, p.1) considera como uno de los factores que definen la calidad de la sociedad en la que se vive. El autor explica que la dignidad en el trabajo es una lucha permanente en un mundo en el que, pese a que el trabajo no es una mercancía, se la considera como un costo de producción que debe ser lo más bajo posible, para poder ser competitivo según los principios de una economía neoliberal, en la cual el capital es más importante que el trabajo.

El autor considera que este concepto de dignidad debe ir aparejado a la idea de un trabajo decente en el que se debe apoyar una globalización justa, en la que juega un papel importante el Estado en la regulación moderada del mercado, a través de la creación de políticas públicas que deberían empezar con un salario mínimo comprometido con una distribución mucho más justa de las ganancias y beneficios de la productividad.

Desde nuestro punto de vista, este no es el único elemento que puede formar parte del respeto a la dignidad de las personas trabajadoras, ya que, como señalamos anteriormente, el derecho al trabajo está en estrecha relación con el principio de igualdad, el cual a su vez está ligado con el principio de no discriminación.

El principio de no discriminación según Pérez Luño (1998, pp. 136-140) busca el equilibrio de las situaciones económicas y sociales que se deben conseguir a través del Derecho, de manera que, así los hombres sean desiguales en fuerza e inteligencia, llegan a ser iguales por disposición del derecho. Esta igualdad a través de la ley elimina cualquier tipo de discriminaciones en determinadas situaciones para que de esta manera se consigan objetivos igualitarios en la convivencia social.

---

<sup>75</sup> Los componentes de la parte moral son considerados para Izquierdo (2006, p.85) son el físico, la psiquis, el silencio, la contemplación del espíritu humano, la voluntad, libertad, la creatividad y el contacto con la naturaleza.

Asimismo, considera que es inmanente porque es un requisito básico del concepto de ley, de manera que es un elemento que deben tener en cuenta los poderes públicos y los ciudadanos en sus actuaciones. Además, este principio garantiza la imparcialidad de la ley frente a cualquier favoritismo y garantiza a los ciudadanos que ninguna ley sirva para esclavizar a los demás.

Valdés Dal-Ré (2008, p. 3) analiza que la discriminación tiene un efecto peyorativo, ya que demuestra la existencia de criterios odiosos de diferenciación que perjudican, humillan y excluyen a los discriminados, de manera que la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja no deseada.

Esta problemática también ha sido discutida por la OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2007 al analizar los retos que se plantean para afrontar la igualdad en el trabajo, haciendo especial énfasis en que:

«(...) Las formas graves y persistentes de discriminación en el trabajo contribuyen a agudizar la pobreza y la exclusión social. Los prejuicios fundados en los orígenes familiares o la extracción social suelen primar sobre la capacidad de las personas y sus aspiraciones reales, lo cual las condena a la inmovilidad social. Las penurias son especialmente dolorosas para quienes son objeto de discriminaciones múltiples, como las personas que no sólo están sumidas en la pobreza, sino que además pertenecen a una minoría religiosa o racial, además de haber alcanzado una edad avanzada».

Estos criterios reflejan que la discriminación en el ámbito laboral es una práctica nociva no solo para las personas trabajadoras, sino que genera consecuencias en la sociedad, lo cual repercute de manera directa en la estabilidad económica y social de un país.

En este sentido, consideramos que la igualdad en el derecho al trabajo es un elemento de suma importancia y trascendencia para la dignidad del ser humano, de manera que no se le puede seguir viendo como una conducta de *deber ser*. Creemos que una posible solución a este problema podría ser generar campañas de concienciación a empresas y personas trabajadoras, pero lo cierto es que se lleva décadas realizándolas y estas no están dando resultado, lo cual obliga a que el Estado, a través de su facultad coercitiva, genere normas que impongan fuertes sanciones a los titulares de las empresas que incurran en estas conductas, y así lograr que se disminuya su realización.



Estos elementos también encuentran relación con el siguiente aspecto que vamos a tratar, el respeto a una vida decorosa. Esta se refiere a un comportamiento adecuado y respetuoso del ser humano en cada uno de los aspectos de su vida, específicamente el que nos encontramos analizando, el trabajo.

Se podría deducir que una persona trabajadora a la que se respeta en su ambiente laboral lo hará de igual forma, creando un mejor entorno de trabajo que permita no solo su realización personal, sino también la de sus otros compañeros.

Desde nuestro punto de vista, este es el aspecto fundamental que protege el derecho al trabajo, ya que actualmente se concibe a la persona trabajadora como un instrumento más en la cadena productiva. Su participación en la empresa se reduce al absurdo de ser un bien fungible que cuando se agota es fácilmente reemplazado por otro.

Consideramos que la actividad laboral constituye un punto esencial para llevar a cabo el proyecto profesional y personal de la vida de una persona. Pero en lo que respecta al proyecto personal, el trabajo, en algunas ocasiones, se ha convertido en un medio para acaparar la atención del ser humano, en el que se pretende que este destine más allá de las horas laborables ordinarias para el desarrollo de la actividad, lo que genera que se deje de lado otras actividades de ocio o de contemplación necesarias para su vida. La clave está en que estos dos aspectos estén equilibrados<sup>76</sup>.

Este equilibrio se puede lograr a través de la creación de mecanismos legales correctores y sancionadores más efectivos, para evitar que los trabajadores destinen más tiempo al trabajo de lo previsto en sus contratos, y así permitir que este pueda cumplir con su proyecto personal y no que se convierta en un mero objeto de la empresa.

La cuarta expresión que forma parte de la definición consiste en que el Estado garantizará una remuneración justa. La remuneración según la RAE es la 'cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores por cuenta ajena', es decir, la contraprestación que se recibe por realizar una actividad manual o intelectual para otra persona.

---

<sup>76</sup> En España, Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ha introducido el art. 20 bis ET, "Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión", sin embargo, como indican algunos autores (Burriel Rodríguez-Diosdado, P., 2019, p. 14) esto no es más que la limitación de la jornada de trabajo o el derecho al descanso de la que ya hablara el maestro García Ninet.

En este punto, debemos recordar que las características de la remuneración según, López Basanta (1997, pp. 445-470) y Cosmópolis (2004, pp. 213, 242) consisten en: i) es una contraprestación merecida, ya que este es el pago que se entrega por el trabajo realizado, de manera que no es un acto de caridad o de beneficencia; ii) es constante y periódica, es decir, que el estipendio que recibe la persona trabajadora como contraprestación del trabajo que realiza, sea cual sea la forma en que sea pagado, estará presente mientras exista la relación laboral o, al menos, subsistirá la obligación; y iii) es contractual, lo que implica que el monto que pagar será fijado por el acuerdo de las partes al momento de celebrar el contrato de trabajo, respetando los mínimos legales y convencionales existentes.

De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que la remuneración consiste en la retribución que el titular de la empresa paga a la persona trabajadora por la actividad que realizó para este, lo que en otras palabras se puede entender como todo aquello que el titular de la empresa debe a la persona trabajadora como consecuencia de la relación de trabajo. A esto lo podemos complementar con lo que señala Montenegro Baca (1974, p. 295) respecto a que la remuneración está comprendida de una prestación básica y otras complementarias que tienen la misma categoría jurídica, ya que retribuyen el trabajo efectivo.

El propio texto constitucional ecuatoriano agrega que esta contraprestación deberá ser justa, lo cual a criterio de algunos autores (entre ellos, Mascaro Nascimento, 1973, p. 44) es un concepto moral, ya que no existen mecanismos ciertos que permitan medir la justicia. Las posturas antagónicas entre la persona titular de la empresa y los trabajadores volvería más difícil llegar a un concepto coincidente. Cita tres factores propios de la doctrina social católica que podrían determinar un salario justo: i) las necesidades vitales de la persona trabajadora; ii) la situación de la empresa; y iii) el bien común.

El hecho de que no se pueda llegar a un consenso respecto al salario justo no implica que jurídicamente no se haya tratado de solventar este problema. En todo el mundo, la importancia de contar con un salario que asegurara a los trabajadores un nivel de vida razonable está presente en diversos instrumentos internacionales<sup>77</sup>. Los más importantes fueron los establecidos por la OIT:

---

<sup>77</sup> Además de los convenios y recomendaciones de la OIT podemos encontrar este elemento en el párrafo 3 del art. 23 de la DUDH que dice: "(...) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración

- i. El Convenio no. 26 (1928) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos y la Recomendación no. 30 (1928).
- ii. El Convenio no. 99 (1951) sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos y la Recomendación no. 89 (1951).
- iii. El Convenio no. 131 (1970) sobre la fijación de salarios mínimos y la Recomendación no. 135 (1970)<sup>78</sup>.

En Ecuador, Tamayo *et al.* (2018, pp. 7-36) nos demuestran que entre el 2010 y el 2015 se produjo una disminución sustancial en la desigualdad salarial en el país. Se incrementó la capacidad adquisitiva de las personas, debido a las políticas de salario mínimo impuestas por el Gobierno, en las que año con año se incrementaba el salario mínimo de forma considerable hasta convertirse en uno de los más altos de la región. Sin embargo, a partir del 2016 el incremento de los salarios no ha sido tan elevado, por lo que, salvo error u omisión de nuestra parte, todavía no existen estudios que reflejen la incidencia que ha tenido el mismo en el nivel de vida de los ciudadanos.

No debemos dejar de reconocer el esfuerzo que ha demostrado el Estado para incrementar el valor del salario mínimo; no obstante, si lo comparamos con el valor de la cesta de la compra básica familiar, es evidente que este sigue siendo insuficiente y que se necesita que más de un miembro de la familia trabaje para cubrir estas necesidades. El valor del salario básico en el Ecuador para el 2020 es de 400 dólares<sup>79</sup>; sin embargo, el valor de la cesta de la compra básica según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante, INEC) para este 2020 es de 746,47<sup>80</sup>, es decir, que el salario mínimo no cumple el objetivo de poder garantizar el sustento de una persona en sus necesidades básicas.

Por ello, es indispensable que, en el momento de fijar este valor, se tengan en cuenta los criterios señalados anteriormente, ya que uno de los objetivos de este es,

---

equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social". De la misma manera, en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que establece:“(---) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (...) (ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”.

<sup>78</sup> Ratificado por Ecuador el 2 de diciembre de 1970.

<sup>79</sup> Acuerdo Ministerial no. 394 de 27 de diciembre de 2019, y publicado en el Registro Oficial, no. 113 de 3 de enero de 2020.

<sup>80</sup> Información obtenida del informe ejecutivo de las canastas analíticas: básica y vital de abril de 2020 y que se puede consultar en el siguiente enlace:

[https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Inflacion/canastas/Canastas\\_2020/Abril-2020/1.%20Informe\\_Ejecutivo\\_Canastas\\_Analiticas\\_abr\\_2020.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Inflacion/canastas/Canastas_2020/Abril-2020/1.%20Informe_Ejecutivo_Canastas_Analiticas_abr_2020.pdf).

precisamente, permitir el sustento personal y familiar, así como ser una contraprestación por el trabajo efectivamente prestado.

La quinta característica que forma parte de la definición en análisis consiste en que las actividades que se realicen deben ser en un ambiente seguro y saludable. La Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) considera que el trabajo saludable es uno de los aspectos más preocupantes en el ámbito laboral, por el alto índice de muertes y accidentes<sup>81</sup> como consecuencia del trabajo. Esta organización fundamenta la necesidad de procurar ambientes de trabajo saludables partiendo de la moral y de la ética tanto de las personas como de las empresas, así como de la ley y de la atención global, por cuanto el grupo de personas trabajadoras en el mundo alcanza casi la mitad de la población.

En el preámbulo de la Constitución de la OMS<sup>82</sup> ya se definió la seguridad y la salud en el trabajo como «(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o debilidad». En esta definición se pueden ver incorporados enfoques sobre el ambiente físico del trabajo relacionados con la actividad ocupacional como son los riesgos físicos, químicos, biológicos y ergonómicos, así como hábitos y estilos de vida, factores psicosociales, y todo lo que esté relacionado con la salud de la persona trabajadora.

De lo expresado por la OMS se puede afirmar, sin lugar a duda, y sin mención a mayores desarrollos legales o convencionales nacionales e internacionales existentes al respecto, que esta es una de las obligaciones más importantes del titular de la empresa hacia sus trabajadores, ya que es determinante para evitar muertes y accidentes. Además, la garantía de un trabajo estable implica un respeto a la dignidad de la persona y la evitación de las prácticas de abuso o malos tratos.

La última característica que forma parte de esta definición consiste en que el trabajo debe ser libremente escogido y aceptado. Esto, según explica Tolivar (1988, p.1370), tiene relación con la ocupación laboral y el principio de igualdad que vincula a todos

---

<sup>81</sup> Según la Organización Internacional del Trabajo (2020): “Cada día mueren personas a causa de accidentes laborales o enfermedades relacionadas con el trabajo – más de 2,78 millones de muertes por año. Además, anualmente ocurren unos 374 millones de lesiones relacionadas con el trabajo no mortales, que resultan en más de 4 días de absentismo laboral. El coste de esta adversidad diaria es enorme y la carga económica de las malas prácticas de seguridad y salud se estima en un 3,94 por ciento del Producto Interior Bruto global de cada año.”

<sup>82</sup> La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 33 de julio de 1946.

los poderes públicos, y que implica un libre desenvolvimiento humano, así como el desarrollo vocacional de las personas.

Por su parte, los arts. 6 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador<sup>83</sup> nos permiten advertir el sentido de esta expresión, ya que en este se establece que toda persona tiene el derecho de aceptar y elegir libremente la clase y forma de trabajo en función de sus posibilidades físicas e intelectuales, así como de sus necesidades materiales y espirituales, y de sus circunstancias sociales y naturales, por lo que para garantizar esta libertad se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

Respecto a este asunto, no vamos a hacer mayor referencia, en la medida en que en la primera parte de esta tesis se analizaron varios supuestos de esclavitud y servidumbre modernas, que nos permitieron afirmar sin lugar a equivocarnos que actualmente siguen existiendo estas conductas y que generan una afectación directa a los individuos, por lo que resulta indispensable que el Estado cree políticas públicas y normas más garantistas en las que se hagan constar sanciones más eficaces para quienes obliguen a las personas a realizar trabajos bajo estas condiciones.

Una vez que hemos analizado las seis expresiones que conforman la definición del derecho al trabajo en la CRE, podemos concluir que la normativa ecuatoriana tiene un alto contenido axiológico, es decir, que está encaminada a la protección de los valores propios del ser humano. También se resalta la importancia del trabajo para el desarrollo económico de la sociedad, así como de la liberación de ciertas cargas para el Estado, porque el ser humano, a través del trabajo, adquiere mecanismos de sustento personal y familiar.

De la misma manera, se establece que esta actividad se debe realizar respetando los principios de igualdad, libertad y seguridad, ya que este a su vez permite un mejoramiento en la calidad de vida del individuo. Por ello, se le da una mayor importancia al ser humano sobre el capital, porque, si bien se concibe la actividad laboral como un medio de sustento económico, lo cierto es que solo lo concibe como un medio para lograr un fin último, que consiste en estar bien con su propia existencia, en el que está comprendido el respeto a su dignidad y a una vida decorosa. Estos

---

<sup>83</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor: 3 de enero de 1976 y fue firmado por Ecuador el 24 de septiembre de 2009 y ratificado el 11 de junio de 2010.

terminan siendo elementos indispensables para un crecimiento personal y, a la vez, permiten desarrollar habilidades para desenvolverse mejor en la sociedad.

Todo lo que hemos analizado hasta el momento nos permite poder inferir, en un primer momento, que la relación que existe entre el enriquecimiento injusto, como parte del régimen de desarrollo de la CRE y el derecho al trabajo, consiste en la búsqueda incesante de una relación jurídica equitativa entre la empresa y las personas trabajadoras.

### **3.2. El enriquecimiento injusto como principio general del derecho en materia laboral**

En la primera parte de este trabajo, al estudiar el enriquecimiento injusto como principio general del derecho, establecimos que la palabra correcta para referirse a este es, precisamente, utilizando la acepción de justicia, ya que la doctrina lo había concebido como un *deber ser* dentro de la legislación, el cual contenía una carga axiológica muy marcada.

Debemos partir ahora de que el enriquecimiento injusto es un principio general del derecho que está fundado en la prohibición de que una parte se enriquezca injustificadamente a costa de otra, para poderlo tratar de relacionar con los principios propios del derecho laboral. Para ello, no debemos olvidar que este principio tiene como finalidad que las partes se desenvuelvan en una relación jurídica equitativa en la que no exista ningún tipo de preferencia para una de ellas, o que esa relación jurídica esté configurada, desde un inicio, para que una de las partes tenga mayor beneficio que la otra. En este sentido, el enriquecimiento injusto como principio general del derecho propugna que, en las relaciones jurídicas, exista equidad para ambas partes.

Por su parte, Pla Rodríguez (1998, pp.19-21) afirma que los principios del derecho al trabajo cumplen un papel trascendental, ya que son el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por cuanto le sirven de inspiración al derecho positivo. No solo se limitan a ser directrices en la interpretación de las normas existentes (por lo que nunca pueden ser considerados como aspectos independientes), sino que deben formar parte de la misma concepción.

En materia laboral existen diversos principios rectores que buscan la protección de las personas trabajadoras y que deben ser estudiados en profundidad, con el objeto de establecer la relación que podrían llegar a tener con el enriquecimiento injusto, así

como para advertir si es aplicable o no a esta rama del derecho. Si se realiza una primera aproximación a los principios de derecho al trabajo, tanto en la legislación ecuatoriana como en la española, podemos advertir que estos están recogidos en su mayoría en ambas, sin perjuicio de que se denominen de distinta manera.

Queda claro que estos principios, pese a que se llamen de forma distinta, comparten la misma función, que es la de tutelar y proteger a las personas trabajadoras, con el objeto de conseguir una relación jurídica equitativa. Esta coincide totalmente con el origen del derecho laboral, ya que este pretendió equilibrar la relación jurídica entre una parte fuerte denominada *empleadora* o titular de la empresa y una parte débil denominada *persona trabajadora*. Por ello, ha existido la necesidad de introducir disposiciones, plasmadas a través de principios, en la legislación laboral, con el objeto de equilibrar ambos lados de la balanza y que, de esta forma, desde el punto de vista jurídico, las personas trabajadoras estén en igualdad de condiciones que los titulares de las empresas.

En este epígrafe estudiaremos los principios laborales más relevantes y la forma como fueron recogidos en las legislaciones española y ecuatoriana. Para facilitar el estudio de estos y evitar que se produzcan repeticiones innecesarias, hemos elaborado una tabla con los principios de las relaciones laborales en ambos países, con su respectiva correspondencia.

Únicamente como aclaración, los principios se analizarán de forma genérica, en el orden determinado en la tabla, pero en lo que corresponda se irán haciendo las puntualizaciones pertinentes en cada una de las legislaciones.

**Tabla 1**

***Principios laborales en España y Ecuador***

<b>España</b>	<b>Ecuador</b>
<i>In dubio pro operario</i>	<i>In dubio pro operario</i>
Principio de norma más favorable	
Principio de condición más beneficiosa	Intangibilidad
Irrenunciabilidad de Derechos	Irrenunciabilidad
Supremacía de la realidad o irrelevancia del <i>nomen iuris</i>	Supremacía de la realidad

*Tabla 1:* Esta es una tabla de creación propia para cuya elaboración se consultó la CE, la CRE, el ET y el CT.

Los datos consignados en esta tabla demuestran que, desde nuestro punto de vista, estos cinco principios son los más importantes en la relación laboral. Debemos tener claro que, para Pla Rodríguez (1975, p. 24), el *in dubio pro operario*, al igual que la norma más favorable y la condición más beneficiosa, son reglas que plasman el principio protector propio del derecho laboral, por lo que el autor considera que estos no son principios como tal, sino que son las reglas más importantes en el ámbito de la interpretación normativa laboral, pero que han venido perdiendo sentido y razón de ser en el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la irrenunciabilidad de derechos y a la supremacía de la realidad, sí nos encontramos frente a principios propiamente dichos, conforme se irá explicando a lo largo del epígrafe.

### **3.2.1. *In dubio pro operario***

La expresión *in dubio* para Cabanellas (1981, p. 338) es «(...) una serie de apogemas que tratan de resolver dudas exegéticas mediante dilemas, con soluciones favorables a lo más equitativo, a lo predominante en lo normal o por lo menos oneroso».

Es decir, que de existir duda con respecto al alcance de normas que tengan dos o más sentidos de interpretación, se puede aplicar esta regla de interpretación, para estar a lo más favorable para una de las partes, apegándose a la equidad. En este sentido, podemos inferir que su justificación se encuentra en el carácter tuitivo y protector del derecho laboral, ya que, como se mencionó anteriormente, esta rama tiene como objeto equilibrar las desigualdades que se podrían producir entre la empresa y la persona trabajadora, debido a que ambos intervienen en su calidad de parte fuerte y parte débil de la relación jurídica, respectivamente.

Sin embargo, esta regla no solo está presente en el derecho laboral, también la podemos encontrar en materia penal con el *in dubio pro reo* y en materia administrativa con el *in dubio pro administrado*, que son ramas del derecho en las que también se ve la participación de una parte fuerte y una parte débil de la relación jurídica: en el Derecho penal la parte fuerte es el titular de la acción penal (la fiscalía) y el reo es la parte débil; mientras que en el derecho administrativo la parte fuerte es la administración y la parte débil, el ciudadano.

En lo que respecta al derecho laboral, Pla Rodríguez (1978, p. 40) define al *in dubio pro operario* como un criterio que debe utilizar el órgano jurisdiccional para elegir,



entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable a la persona trabajadora.

En esta virtud, la regla de interpretación del *in dubio pro operario* se utiliza únicamente cuando la norma que es aplicable para el caso concreto tiene dos o más sentidos de interpretación, de manera que el intérprete o el órgano judicial encargado para resolverlo debe escoger aquella sea más favorable para la persona trabajadora, por ser la parte débil de la relación jurídica. Por ello, si la norma aplicable solamente tiene un criterio de interpretación, no es procedente la aplicación de esta regla, ya que si así fuera lo que se estaría haciendo es cambiar el sentido y el fin de la disposición aplicable, es decir, se estaría torciendo la ley para que siempre fuera en pro de la persona trabajadora.

En el caso de España y Ecuador esta regla está recogida en el ordenamiento jurídico con el mismo nombre, lo cual nos llevaría a pensar que la regulación está dada en el mismo sentido; sin embargo, existen algunas diferencias que vale la pena estudiar.

Ecuador ha reconocido el *in dubio pro operario* como una regla de interpretación normativa en dos textos importantes, que son la CRE en el número 3<sup>84</sup> del art. 326, al referirse a los principios del derecho al trabajo, y en el CT en el art. 7<sup>85</sup>. En estos dos instrumentos el contenido de la disposición es el mismo, en la medida en la que establecen que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en esta materia, siempre se aplicará el sentido más favorable a la persona trabajadora.

Para el ordenamiento jurídico ecuatoriano esta regla tiene una relevancia tal que por ello el legislador constituyente decidió elevarla a rango constitucional, de manera que no puede ser eliminada a menos que se produzca una reforma constitucional, por lo que adquirió una característica de rigidez e inamovilidad.

Por otra parte, en el caso de España el *in dubio pro operario* es una regla que se encuentra presente en el art. 3 número 3 del ET, que dice:

---

<sup>84</sup> Reproducimos a continuación el texto completo por su interés. Art. 326 CRE: "El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 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."

<sup>85</sup> Y, lo mismo con este precepto, por su significación. Art. 7 CT: ". 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."

«(...) Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables».

De lo transcrito hasta este momento, hemos podido advertir que, en la regulación española y en la ecuatoriana, respecto a este principio, existe una diferencia sustancial, que es el alcance.

El alcance en el caso de España, la disposición citada únicamente se refiere a que esta regla puede ser aplicada a normas (estatales o pactadas), mientras que en Ecuador el alcance es mucho mayor, ya que su aplicación, además de las disposiciones legales, se ha extendido a disposiciones reglamentarias o contractuales.

En cuanto a esta última diferencia, encontramos a diversos doctrinarios (entre ellos, Desdentado Bonete [2003, p. 105], Alonso Olea y Casas Bahamonde [2006, pp. 1068-1069] y Palomeque López y Álvarez de la Rosa [2013, pp. 313-314]) que discrepan respecto al amplio alcance que en Ecuador se otorga a este principio. Estos opinan que el *in dubio pro operario* tiene un campo de aplicación muy limitado y que su autonomía es cuestionable, ya que únicamente puede aplicarse a las normas estatales, puesto que estas son las únicas que tienen un contenido tuitivo. Los autores consideran que los contratos de trabajo y los convenios colectivos no son normas tuitivas, de manera que no puede extenderse tal tutela a su aplicación, ya que de hacerlo se pueden producir arbitrariedades que acarrearían inseguridad jurídica, lo cual resulta incompatible con el Estado de derecho.

Desde nuestro punto de vista, los argumentos en los que se basan los citados doctrinarios para discrepar con el alcance de esta regla son acertados, en tanto que solo las normas estatales son las que cuentan con el carácter tuitivo propio del derecho laboral. Coincidimos con el hecho de que extender el alcance de esta regla para reglamentos, convenios colectivos o contratos podría generar arbitrariedades; sin embargo, creemos que, para el caso de interpretación de los contratos de trabajo, lo lógico sería que el órgano judicial utilizase las reglas de interpretación previstas en el CC, por ser norma de aplicación supletoria al derecho laboral, y no se remita a esta regla de manera directa.

En este sentido, consideramos que el legislador ecuatoriano cometió un error en el momento de recoger este principio, ya que abrió la posibilidad de que el órgano judicial pudiera realizar una interpretación discrecional que no necesariamente esté vinculada a la norma, lo cual desnaturaliza por completo la certeza y seguridad jurídica, llegando incluso a permitir que, amparados en la protección de la persona trabajadora, se creen normas a discreción por parte del administrador de justicia, lo cual implicaría una arrogación de funciones propias del legislativo.

En esta virtud, consideramos que el legislador ecuatoriano pensó que, si extendía el ámbito de aplicación de esta regla, iba a generar una protección más amplia a la persona trabajadora; sin embargo, no consideró la naturaleza de los reglamentos y de los contratos, por lo que queda en evidencia que tampoco analizó los riesgos que podría generar. Sin ánimo de justificar ese error, debemos tener en cuenta que la disposición del art. 7 del Código del Trabajo está vigente desde 1938, es decir, más de ochenta años en los que el órgano jurisdiccional ha estado en la libertad discrecional para interpretar no solo normas tuitivas, sino cualquier tipo de instrumento en esta materia, a través de esta regla, lo cual ha dificultado que se produzca un cambio, en la medida en que varias generaciones han tomado como acertada esta forma de concebir la figura. En este punto, también resulta indispensable referirnos al tratamiento que la jurisprudencia española y ecuatoriana le han dado a esta regla, ya que en ella podemos encontrar aspectos muy reveladores en cuanto a su definición, aplicación y alcance.

En las Sentencias de 25 de septiembre de 1986<sup>86</sup>, 31 de octubre de 1981<sup>87</sup> y 18 de febrero de 1985<sup>88</sup>, dictadas por el TS español, podemos encontrar una definición muy completa respecto a este principio, que señala:

«(...) el *in dubio pro operario* sólo tiene efectividad cuando exista o surja duda racional en cuanto a los efectos jurídicos de una determinada situación fáctica, siendo aplicable únicamente en la interpretación del derecho, en caso de duda respecto a su sentido y alcance, no en la apreciación de la prueba, o dicho de otro modo cuando se den frente a un hecho posibilidades de hacer efectivas diversas normas igualmente razonables, cuando se dé una situación tal que la interpretación normativa ofrezca de forma manifiesta y patente una duda, pero no cuando fijados los

---

<sup>86</sup> STS 11803/1986, Sala de lo Social, 25 de septiembre de 1986, R. de casación por infracción de ley: error de hecho no. 1570, Ponente: Francisco Tuero Bertrand.

<sup>87</sup> STS 3560/1981, Sala de lo Social, 31 de octubre de 1981, R. de casación por infracción de ley No. 319/1981, Ponente: Agustín Muñoz Álvarez.

<sup>88</sup> STS 2076/1985, Sala de lo Social, 18 de febrero de 1985, R. de casación No. 1473/1984, Ponente: Francisco Tuero Bertrand.

hechos probados como emanación de la realidad objetiva captada por el juzgador resulta adecuada la aplicación de la norma legal»<sup>89</sup>.

Esta definición deja claramente establecido que, bajo ningún punto, cabe aplicar esta regla de interpretación en la valoración probatoria y en la aplicación de una norma legal sobre otra, sino que está limitada únicamente a la duda en el sentido y el alcance de la interpretación del derecho.

Desde nuestro punto de vista esta definición es muy completa e inequívoca, por cuanto le permite que cualquier órgano judicial conozca la limitación que tiene su libertad de interpretación, y de esta forma evitar que se generen las posibles arbitrariedades que fueron señaladas anteriormente.

Sin embargo, existen otros pronunciamientos por parte del TS español que matizan la aplicación de este, entre los que se encuentran la doctrina más reciente, entre otras, en las Sentencias de 13 de julio de 1990<sup>90</sup> y 30 de enero de 2008<sup>91</sup>, en las que se han establecido ciertos requisitos para su procedencia como son:

- i. La existencia de una norma dudosa u oscura.
- ii. La aplicación está restringida a interpretación de derecho. Queda prohibida aplicarla en los criterios de valoración probatoria.
- iii. Los hechos probados por sentencia judicial no pueden ser modificados por la aplicación de esta regla.
- iv. La naturaleza de esta regla es de carácter adjetivo, no sustantivo.
- v. Los principios sociales imperan con más fuerza en el derecho al trabajo que en el derecho civil, por lo que se justifica una interpretación matizada contraria al *favor debitoris*.

En el caso de la jurisprudencia ecuatoriana, encontramos que, en la Sentencia de 20 de marzo de 2009<sup>92</sup>, la CNJ establece que el *in dubio pro operario*, al igual que la intangibilidad y la irrenunciabilidad de los derechos, están presentes en la legislación ecuatoriana como principios sociales de protección de la persona trabajadora, para

---

<sup>89</sup> Cita tomada de la STS 11803/1986, Sala de lo Social, 25 de septiembre de 1986, R. de casación por infracción de ley: error de hecho no. 1570, Ponente: Francisco Tuero Bertrand., pero en el mismo sentido se encuentran las Sentencia de 3 de junio, 11 y 19 de octubre de 1983.

<sup>90</sup> STS 10489/1990, Sala de lo Social, 13 de julio de 1990, R. de casación No. 1098, Ponente: José Lorca García.

<sup>91</sup> STS 1850/2008, Sala de lo Social, 30 de enero de 2008, R. de casación para la unificación de doctrina No. 414/2007, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

<sup>92</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 20 de marzo de 2009, R. de casación No. 427-2006, Ponente: Rubén Bravo Moreno, publicado en el Registro Oficial No 90 de 25 de noviembre de 2010.

equilibrar la desigualdad que provoca el poder económico del titular de la empresa y, por ello, se les ha elevado a rango constitucional.

En cuanto a que la regla de interpretación de *in dubio pro operario* únicamente se aplica a aquellas normas que sean oscuras o que generen dudas, hemos encontrado una Sentencia dictada por la CNJ el 20 de noviembre de 2007<sup>93</sup>, en la que, al momento de condenar respecto al pago de intereses por la falta de pago de bonificaciones e indemnizaciones, considera que pese a que la disposición que contiene esta condena es clara y precisa, por lo que no necesita interpretación. Lo cierto es que condonar a la persona empleadora al pago de los intereses resulta perjudicial a la persona trabajadora, por lo que contraviene el principio *in dubio pro operario*.

En esta Sentencia, la Corte realizó una interpretación extensiva de la regla del *in dubio pro operario*, ya que no estaba interpretando el sentido de una norma oscura, sino que estaba adecuando los resolutivos de su fallo para que estos fuesen favorables a la persona trabajadora, es decir, estaba interpretando la situación de hecho como contraria al principio *pro operario* y la estaba subsumiendo a una norma que generaba una condena de intereses a favor de la persona trabajadora. Sin embargo esta jurisprudencia se contrapone con otras dos de 23 de septiembre de 2008<sup>94</sup> y 8 de julio de 2009<sup>95</sup>, en las que la propia CNJ establece que el principio *in dubio pro operario* es inaplicable cuando las disposiciones tanto de la ley como del contrato colectivo son claras.

Estos criterios, pese a ser contradictorios, todavía siguen vigentes, lo cual crea una confusión para los ciudadanos, en la medida en que el órgano judicial está en capacidad de aplicar esta regla en función del caso que analice, lo cual genera un grave problema de inseguridad jurídica.

En cuanto a otro de los matices señalados por el TS español, que versa sobre que esta regla de interpretación no puede ser aplicable a la valoración probatoria, hemos podido ver en Ecuador, en diversas sentencias dictadas por la CNJ, tales como la de 4

---

<sup>93</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 20 de noviembre de 2007, R. de casación No. 892-2006, Jueces: Alfredo Jaramillo Jaramillo, Rubén Bravo Moreno e Iván Torres Proaño, publicada en el Registro Oficial No. 17 del 2 de septiembre de 2009.

<sup>94</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 23 de septiembre de 2008, R. de casación 350-2007, Jueces: Rubén Bravo Moreno, Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo, publicado en el Registro Oficial 124 de 24 de abril de 2011.

<sup>95</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 10 de junio de 2009, R. de casación No. 197-2008, Ponente: Rubén Bravo M., publicada en el Registro Oficial no. 87 de 18 de noviembre de 2010.

de junio de 2009<sup>96</sup>, así como en la de 23 de agosto de 2007<sup>97</sup>, que, en ciertos casos, se considera al *in dubio pro operario* como una forma excepcional de apreciar las pruebas, y que depende su aplicación única y exclusivamente del criterio del órgano de justicia. Esto puede generar un problema aún más grave, ya que la valoración probatoria debe atender a los criterios de sana crítica, prueba tasada o libre criterio judicial, más no el *in dubio pro operario*, ya que su naturaleza está construida para solventar problemas de interpretación de normas oscuras y no de excluir ciertas pruebas o no valorarlas correctamente para beneficiar al trabajador.

Este razonamiento se plasmó de forma clara en la Sentencia dictada por la CSJ el 13 de julio de 1989<sup>98</sup>:

«(...) Es evidente, que nuestra legislación ha incorporado en sus normas legales, los principios del derecho del trabajo, derecho social, que la ley extiende su protección al trabajador, como la parte más débil en la contienda laboral y que para probar un hecho, en cuanto a la declaración de una persona, no se mide ni la cantidad ni la calidad de la prueba, sino que debe aplicarse la ley, en el sentido más favorable al trabajador».

En esta Sentencia, el órgano judicial debe valorar una prueba testimonial para fallar, sin perjuicio de lo cual establece que, de acuerdo a su sana crítica, como medio de valoración de la prueba, no se debe enfocar en la veracidad de los dichos del declarante, sino que, al tratarse de una aplicación directa de la norma, esta debe ser siempre a favor de la persona trabajadora.

Este pronunciamiento marca una línea jurisprudencial importante, por cuanto en todos los casos litigiosos cuyo objeto de la controversia se fije en el reconocimiento de un derecho, ya sea por falta de aplicación o errónea interpretación de la norma, el órgano judicial deberá aplicarla en beneficio de la persona trabajadora, sin analizar ningún tipo de prueba aportada por las partes.

Este es un punto muy importante, y que consideramos sumamente peligroso, en la medida en que entre los principios del derecho procesal están el de igualdad e imparcialidad. De ese modo, si se deja de valorar una prueba o se hace para

---

<sup>96</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 4 de junio de 2009, R. de casación no. 1136-2006, Ponente: Rubén Bravo Moreno, publicada en el Registro Oficial 82 del 30 de octubre de 2010.

<sup>97</sup> SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 23 de agosto de 2007, R. de casación no. 268-2005, publicado en el Registro Oficial 529 de 16 de febrero de 2009.

<sup>98</sup> SCSJ s/n, Tercera Sala, 13 de julio de 1989, Tercera Instancia s/n, Ponente: s/d, publicada en la Gaceta Judicial 6. Año LXXXIX. Serie XV. No.6, P.1588.

beneficiar a una de las partes, se estaría atentando de manera directa contra estos. En este sentido, debe quedar claramente establecida que esta regla es aplicable únicamente para la interpretación del derecho oscuro.

Desde nuestro punto de vista, el tratamiento jurisprudencial que se le ha venido dando a esta regla de interpretación por parte de la CNJ ha sido equivocado, ya que se ha desnaturalizado la figura y se le ha dado alcances que no son los pertinentes. Sin embargo, consideramos que esta forma de aplicar la regla responde a la manera como se construyó la norma, ya que, desde el momento en que fue plasmada en la CRE y en el CT, contenía un error en cuanto a su aplicación y su alcance. Consideramos que la CNJ podría alejarse de estos criterios y comenzar a aplicar de forma correcta esta regla e ir fijando parámetros de aplicación, que a la fecha son inexistentes, pero que deben ser necesarios para garantizar la seguridad jurídica.

Una vez que hemos estudiado este principio de las relaciones laborales, debemos centrarnos en la posible relación que existe con el enriquecimiento injusto como principio general del derecho, para lo cual debemos partir del fundamento de ambas.

En primer lugar, hemos encontrado que ambos comparten una finalidad común: tanto el enriquecimiento injusto como el *in dubio pro operario* buscan conseguir el equilibrio entre las partes. En el caso del enriquecimiento injusto el equilibrio que se pretende es de carácter genérico y, sobre todo, enfocado en el resultado que han de conseguir los participantes, mientras que en el caso del *in dubio pro operario* es un equilibrio concreto en la interpretación de la norma.

En segundo lugar, hemos podido advertir que ambos principios tienen un trasfondo patrimonial, el cual se refleja de forma más evidente en el enriquecimiento injusto por estar centrado en el resultado del negocio. Sin embargo consideramos que en el caso del *in dubio pro operario* sí existe un trasfondo económico en la mayoría de las ocasiones, en la medida en que, la aplicación de un sentido favorable a la persona trabajadora de cierta norma, podría generar el reconocimiento de derechos que, a la larga, serían cuantificables y entrarían a formar parte de su patrimonio.

Estos aspectos nos parecen suficientes para llegar a determinar que entre el principio de enriquecimiento injusto y el principio de *in dubio pro operario* existe una relación de género-especie, en la que el enriquecimiento injusto es el género y el *in dubio pro operario* es la especie. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que el *in dubio pro operario* está contenido en el enriquecimiento injusto, ya que, si bien esta regla de

interpretación es de carácter adjetivo, lo cierto es que también busca un equilibrio jurídico entre las partes. A la vez, puede tener repercusiones patrimoniales, lo cual es coincidente con el principio general del derecho denominado enriquecimiento injusto. Ahora bien, debemos tener claro que el enriquecimiento injusto tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el *in dubio pro operario*, ya que no solo está limitado al derecho adjetivo, lo cual nos lleva a pensar que dentro de este también podrían estar contenidos los demás principios de las relaciones laborales que continuaremos analizando.

Sin embargo, para estar en capacidad de comprobar lo afirmado, es necesario que sigamos adentrándonos en cada uno de ellos y así estar en aptitud de descubrir las posibles semejanzas y diferencias entre estos.

### **3.2.2. Principio de norma más favorable**

La norma más favorable está definida por Pla Rodríguez (1978, p. 100) como una regla de interpretación que procede cuando existen varias normas aplicables a una situación jurídica, de manera que el intérprete o el órgano judicial no aplicará la norma que le corresponde conforme a un orden jerárquico predeterminado, sino que, en función del caso concreto, se aplicará aquella que sea más favorable a la persona trabajadora.

La diferencia entre la norma más favorable y el *in dubio pro operario* consiste en que, en la primera, existe la posibilidad de aplicar dos o más normas al caso concreto, mientras que en el *in dubio pro operario* son dos o más sentidos de una sola norma.

Según Wlotzke (1957, p. 11) la aplicación de este principio consiste en que la fuente superior desplaza fundamentalmente a la inferior; pero la primacía de la fuente jurídica superior solo tiene lugar en tanto que ella favorezca, frente a la fuente inferior, a la persona trabajadora. De ello deriva, a la inversa, que la regulación de la relación de trabajo contenida en fuente inferior permanece existente si, y en tanto, sea frente a la superior más ventajosa para la persona trabajadora o un grupo de trabajadores.

La opinión de este autor puede llegar a generarnos una duda respecto a si este principio transgrede el de legalidad o el de jerarquía de las fuentes. Pergolesi (1955, pp. 123-125) responde afirmando que la incorporación de este principio atiende a la propia legalidad y a las normas de primer rango, puesto que estas establecen esta ordenación en casos concretos, por lo que es procedente su aplicación. En este



sentido, explica que la ordenación de las fuentes legales, al emanar todas ellas del Estado, para ordenarse requieren que el propio Estado fije su jerarquía en función de los órganos que las emanan y los cauces que las exteriorizan.

Estas opiniones nos llevan a manifestar que, en materia laboral, está permitido que una norma que puede encontrarse en un mayor rango jerárquico, admita la aplicación preferente de una inferior siempre que esta sea más favorable para las personas trabajadoras. Esto, en palabras de Alonso Olea y Casas Bahamonde (1998, p. 906) consiste en que «(...) cada tipo de norma laboral imperativa opera según su rango formal, como condicionante mínimo del contenido de las que le siguen en rango».

De lo analizado podemos afirmar que esta regla está presente tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ecuatoriano.

En el caso de España, el principio de norma más favorable tiene fundamento en el art. 3.3 del ET, que fue citado anteriormente, ya que en este se establece que la comparación entre normas para determinar cuál es la más favorable debe hacerse de manera global, aunque esta pueda generar ciertos problemas, en la medida en que se puede presentar una heterogeneidad de las materias que se comparan o la diversa extensión de los contenidos normativos.

Para el caso de Ecuador, el principio de norma más favorable tiene un tratamiento muy particular, ya que se ha concebido como parte integrante del *in dubio pro operario*. En este sentido, Estrella (2005, p.1) considera que la regla de norma más favorable es una de las formas de expresión del principio *in dubio pro operario*, al igual que el de la condición más beneficiosa.

Ahora bien, en mi experiencia como abogada, he podido ver la aplicación de esta regla de interpretación cuando las condiciones más favorables para la persona trabajadora se presentan en convenios colectivos o en contratos individuales de trabajo en los que, por acuerdo de las partes, se mejoran las condiciones laborales de las personas trabajadoras, o bien porque el titular de la empresa ha decidido de forma unilateral conceder mayores beneficios. Por ello, al menos en mi experiencia profesional, en Ecuador esta regla está contemplada dentro de los alcances del *principio pro operario*, en estrecha relación con la progresión de derechos o lo que se conoce como derechos adquiridos.

El principio de progresión de derechos encuentra su fundamento en la disposición presente en el número 8 del art. 11 de la CRE, correspondiente a los principios de aplicación de los derechos:

«(...) el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. (...) será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos».

Desde nuestro punto de vista, es indispensable que la regla del sentido más favorable sea independiente al *in dubio pro operario*, ya que estamos refiriéndonos a conceptos distintos. De esa manera el legislador ecuatoriano en el momento de unificarlo comete un error, ya que, a la misma figura, le pretende otorgar tres alcances distintos, lo cual evidentemente genera confusiones tanto al intérprete como al órgano judicial.

Sin perjuicio de la forma en la que está recogida esta regla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cierto es que es una figura muy útil para el derecho laboral, ya que permite aplicar aquella norma que sea favorable a la persona trabajadora sin que se modifique el sentido o el alcance de la ley.

Para avanzar con el análisis de esta regla y su posible relación con el enriquecimiento injusto consideramos pertinente analizar parte de la doctrina en la materia representada por Cosmópolis (2004, pp. 339-367), Ermida Uriarte (1983, p. 585), Montoya Melgar (1987, p. 226) y Borrajo Dacruz (1978, p. 450). Estos explican que, en el momento de aplicar este principio, debemos tener en cuenta varios criterios: la pluralidad de las fuentes y la jerarquía normativa; el grado de imperatividad de las normas; y, la concurrencia de normas laborales, que serán explicados en líneas posteriores.

#### **i) Pluralidad de fuentes y jerarquía normativa**

En cuanto a la pluralidad de fuentes y la jerarquía normativa, los autores se refieren a los niveles de las normas laborales y la interrelación entre estos. Ahora bien, si profundizamos un poco en este asunto, debemos tener en cuenta en que el derecho laboral tiene dos fuentes principales que son: en todo el mundo, al menos, los convenios internacionales de la OIT; los reglamentos y las directivas de la UE, en el

caso de España<sup>99</sup>; y en España, el convenio o contrato colectivo que, según Ermida Uriarte (1983, p. 585), es de carácter típicamente laboral y está considerada como la fuente autónoma del derecho objetivo.

Estas fuentes del derecho laboral deben estar organizadas jerárquicamente, de manera que quede claramente establecida la escala de importancia en un rango de mayor a menor, la cual ha sido representada como una pirámide, que es casi igual en todos los Estados de derecho, y que se encuentra encabezada por la Constitución y seguida de las demás normas.

Camerlynck y Lyon (1974, p. 54) nos explican que existen varios criterios de aplicación de normas en el derecho, en general: i) la norma jerárquicamente superior prevalece sobre la inferior; ii) la norma más reciente prevalece sobre la antigua; y iii) la norma especial prevalece sobre la general. Sin embargo, desde el punto de vista de la legislación laboral, estos criterios pueden ser modulados para que su aplicación no siempre esté dada por estos criterios, sino que sea en protección de la persona trabajadora.

Pasco Cosmópolis (2004, pp. 345) indica varios supuestos, a modo de ejemplo, en los que se pueden modificar estos criterios: una ley especial y más antigua puede sobreponerse a la más nuevas si estas son favorables, pero no a la inversa; y que la norma inferior se aplique por encima de la superior si contiene aspectos más favorables para la persona trabajadora.

Estos ejemplos nos permiten advertir que el derecho laboral, al ser una rama tuitiva, concede la flexibilidad de modular las reglas de aplicación de las normas para brindar protección a los trabajadores, sin que esto implique una transgresión al principio de legalidad, sino una combinación aplicable en beneficio de una parte de la relación laboral.

## **ii) Imperatividad de las normas**

En lo que respecta al grado de imperatividad de la norma, Borrajo Dacruz (1978, pp. 450-455) establece tres tipos de normas o grados normativos: i) normas imperativas o categóricas; ii) normas de imperatividad relativa; y iii) normas dispositivas o discrecionales.

---

<sup>99</sup> El artículo 96.1 de la CE establece que los tratados internacionales celebrados válidamente forman parte del ordenamiento jurídico interno, es decir la Constitución prevalece sobre las normas de la UE.

Las normas imperativas o categóricas, según Soto (1986, pp. 22-26), son aquellas que imponen o sancionan conductas. Están a la vez divididas en normas que ordenan y normas que prohíben. Las normas que ordenan son aquellas que exigen la realización de una determinada conducta, mientras que las normas que prohíben son aquellas que llevan la amenaza de una sanción si existe un incumplimiento, porque la ley nos exige la abstención de realizar ciertos actos.

A las normas categóricas también se les conoce como *ius cogens*. Para Gómez Robledo (1982, p.113), Mariño (2005, p. 81) y Tomushat (1993, p. 307) son aquellas normas imperativas aceptadas y reconocidas que, siendo inderogables, establecen la nulidad de aquellas normas que están en contradicción con ellas.

En materia laboral, las normas imperativas son también conocidas como *ius cogens* laboral. Según Islas (2015, pp. 11-34), Canessa Montejo (2008, p.111-151), Villa Durán (2002, pp. 227-228) y Ragazzi (1997, pp. 141-142) en todo el mundo las normas imperativas se circunscriben a dos derechos humanos laborales que son la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial.

La prohibición de esclavitud se ha considerado como un tipo de norma imperativa a raíz de la interpretación realizada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction<sup>100</sup>, en la cual se la consideró como una obligación *erga omnes*. Para Ragazzi (1997, pp. 141) la prohibición de la esclavitud lleva incluida la prohibición de la servidumbre, ya que estas son consideradas por la OIT como modalidades de trabajo forzoso y obligatorio, pese a que existen diferencias en cuanto a su formulación legal. Al hablar de servidumbre y esclavitud, nos estamos refiriendo a los sujetos que sufren esa condición, mientras que la prohibición del trabajo forzoso se refiere al tipo de relación entre la persona trabajadora y la persona titular de la empresa.

En cuanto a la prohibición de la discriminación, Canessa Montejo (2008, p. 144) establece que, al igual que en el supuesto anterior, la Corte Internacional de Justicia le otorga la calidad de obligación *erga omnes*, que consiste en asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivada por diferencias raciales. Esto no implica que el resto de las modalidades de discriminación queden excluidas.

---

<sup>100</sup> El caso Barcelona Traction fue un litigio internacional que tuvo lugar entre la compañía Barcelona Traction, con domicilio social en Toronto, Canadá, y operada en España, que marcó un precedente en el derecho internacional puesto que determinó que la nacionalidad nominal de una compañía primaba sobre su nacionalidad efectiva.

Las normas de imperatividad relativa, explica Borrajo DaCruz (1978, p. 450), son aquellas que establecen un principio o criterio que las partes deben acatar, pero del que se pueden apartar si, a través de una modificación o variación, se realiza de mejor forma el objetivo perseguido por la norma.

En materia laboral estas normas son las más frecuentes, ya que regulan únicamente los beneficios mínimos de los derechos, de manera que puede existir una modificación o una variación para que se cumpla a favor del titular de la empresa, como son por ejemplo el ET para España o el CT para Ecuador.

En lo que respecta a las normas dispositivas o permisivas (siguiendo a Doral [2015, pp. 57-60] y Camps Ruiz [1976, p.119]) son aquellas que ofrecen a la autonomía de las partes diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las partes a configurar una relación contractual diferente. Una de sus características más importantes consiste en que son más flexibles que las categóricas, de manera que son el supuesto propicio para que opere la favorabilidad.

En materia laboral, las normas dispositivas están presentes en leyes o en cualquier tipo de instrumento legal o convencional, tal como el convenio colectivo, para que, a través de estas, se establezcan regulaciones que resulten más beneficiosas para las personas trabajadoras.

En su virtud, podemos advertir que el principio de norma más favorable se podría aplicar únicamente en normas de imperatividad relativa y normas dispositivas, quedando totalmente excluida cualquier posibilidad de que se aplique en normas imperativas, ya que estas son indispensables para que se configure el derecho al trabajo, de manera que al aplicar la regla se las estaría desnaturalizando.

### **iii) Concurrencia de normas laborales**

La concurrencia de normas, también conocida como concurso de normas, ocurre cuando dos o más normas jurídicas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico son aplicables a las mismas circunstancias fácticas.

En materia laboral, este supuesto se genera de forma frecuente, ya que la ley y el convenio colectivo pueden regular las mismas condiciones laborales, sin perjuicio de que su contenido difiera. Esto genera esta pregunta: ¿cuál de esta norma es la que se debe aplicar para el caso concreto?

Esta interrogante es la que estamos tratando de responder a través del estudio de esta regla. La solución parece bastante sencilla, ya que el propio contenido de esta establece que deberá ser aplicada aquella que resulte más favorable a la persona trabajadora.

Pero no siempre la concurrencia de normas es un hecho simple que puede ser resuelto de esta forma. Como señala Martín Valverde (1978, pp. 20-28), la concurrencia normativa puede ser de dos tipos: no conflictiva o conflictiva. El autor explica que la concurrencia de tipo no conflictivo se configura cuando «(...) las normas regulan el mismo aspecto del mismo supuesto de hecho, y sus contenidos no son exactamente idénticos; pero, al orientarse sus mandatos normativos en la misma dirección, no existe ninguna dificultad para su aplicación simultánea».

Este tipo de concurrencia resulta mucho más fácil de explicar a través de un supuesto práctico, por ejemplo al referirnos al salario mínimo en Ecuador.

En Ecuador es el Ministerio de Trabajo el que fija cada año, a través de un acuerdo ministerial que tiene la característica de ser una norma de establecimiento, el valor mínimo que deberán recibir los trabajadores en general. Sin embargo, esta misma cartera de Estado, a través de un diverso acuerdo ministerial, fija los salarios mínimos en función de la actividad sectorial en la que se desempeña el trabajo, cuya característica es ser una norma supletoria.

En este ejemplo no hay un conflicto en la concurrencia de normas, ya que ambas regulan los salarios mínimos y son de aplicación simultánea, pero varían en su contenido, debido a que el acuerdo ministerial que regula los salarios sectoriales supera el nivel de protección que la norma de establecimiento. De ese modo, si un hospital contrata a una enfermera o enfermero y en el contrato de trabajo se establece que ganará el salario mínimo, se podría llegar a presentar este supuesto, por cuanto debemos establecer cuál de los salarios es el que debe recibir. La respuesta resulta bastante obvia: pese a que ambos acuerdos ministeriales fijan los salarios mínimos, lo cierto es que la enfermería es uno de los sectores que se encuentra regulado expresamente en el acuerdo ministerial sectorial, por lo que esta última es la norma que resulta aplicable, unido a que en este instrumento se mejoran los salarios para aquellos sectores que se encuentran contemplados.

Por ello, en esta concurrencia no se produce una incompatibilidad en la aplicación simultánea de ambas, de manera que pueden subsistir conjuntamente.

En la concurrencia conflictiva sí se produce una incompatibilidad en la aplicación simultánea de las normas, al ser contradictorias, lo que genera la suspensión de los efectos de ambas hasta que se resuelva cuál de ellas se debe aplicar. Es aquí donde toma relevancia el principio de norma mínima como consecuencia de la aplicación del *in dubio pro operario*, ya que este principio consiste en que no se podrán aplicar normas que contengan una disminución de los derechos mínimos de los trabajadores establecidos en normas de mayor jerarquía.

La aplicación del principio de norma mínima se puede dar en supuestos de concurrencia no conflictiva de normas, como en la relación entre la ley y el contrato colectivo, ya que bien pueden complementarse o aplicarse de forma supletoria. Esta forma de aplicación garantiza la seguridad jurídica, ya que las normas de rango superior no pueden ser derogadas por aquellas de rango inferior, así sea en beneficio de los trabajadores; ahora bien, estas sí pueden ser apartadas o no aplicadas de acuerdo con lo que en España se conoce como jerarquía estática y jerarquía dinámica.

La jerarquía estática implica que las normas laborales se gradúan en función de su rango formal, es decir, de su jerarquía. El derecho comunitario europeo ocupa el rango más elevado, seguido de la Constitución, los tratados y los convenios internacionales adoptados, las normas con rango de ley, las normas reglamentarias, los convenios colectivos, la costumbre laboral y los principios generales del derecho.

La jerarquía dinámica, según Boltaina Bosch (2010, pp. 25-26) es una modalización de la jerarquía estática que implica que las condiciones laborales aplicables son las más favorables, sea cual sea el rango jerárquico de la norma que las prevea. Así, de manera general, el convenio colectivo se aplica de forma prioritaria sobre la ley y el reglamento si contiene condiciones más favorables, siempre y cuando la normativa laboral permita en este supuesto el establecimiento de esas condiciones.

Se debe tomar en consideración que el derecho al trabajo es la rama donde más presencia se ve de normas que regulan condiciones mínimas, lo que conlleva que existan con más frecuencia una pluralidad de fuentes que pueden ocasionar contradicciones. El mecanismo de interpretación previsto a través de este principio laboral atraviesa la barrera de interpretación de leyes prevista en el derecho civil respecto a que las normas se deben aplicar en su sentido literal, ya que se encuentra fundado en un principio de equidad.

El principio de norma más favorable, según el TS español, en la Sentencias de 23 de mayo de 2011<sup>101</sup> y 8 de junio de 2009<sup>102</sup>, es analizado, por cuanto el Alto Tribunal establece que es indiscutible la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación. De ese modo, este habrá de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico, por lo que el criterio de aplicación de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia. Por ello, queda claro que uno de los límites que tiene este principio es la técnica de espiguelo, en la cual se pretende conseguir la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas, eligiendo en un concreto extremo la más favorable, ahora contenida en el texto legal, y rechazando aquellos otros que no le resultarían tan beneficiosos de la normativa legal, lo que supondría además una modificación de las condiciones laborales.

Estos pronunciamientos del Tribunal español nos han llamado mucho la atención, ya que esta técnica no es muy conocida en Ecuador, de manera que es una limitación que no se ha explorado en el país. Consideramos que el razonamiento del órgano judicial permite identificar una problemática que se podría presentar en la elaboración de los convenios colectivos para beneficiarse los trabajadores de manera ilegal, lo que generaría una aplicación indebida de esta regla.

Desde nuestro punto de vista, es correcto que existan limitaciones a la aplicación de esta regla, tales como las explicadas anteriormente, respecto a que solo procede en normas de imperatividad relativa o en las dispositivas, así como para evitar el uso de esta técnica.

El TS español, a través de la Sentencia de 14 de octubre de 2011<sup>103</sup>, ha dejado muy claro que el hecho de que este principio esté presente en la relación laboral bajo ningún concepto implica que pueda ser aplicado para suplir la deficiencia probatoria o de los hechos que una persona trabajadora reclama, ya que de lo contrario se constituiría en una inversión de la carga de la prueba.

Para estos casos, ya el TC español en la Sentencia 58/1985 de 30 de abril de 1985 estableció que «(...) la integración del convenio colectivo en el sistema formal de

---

<sup>101</sup> STS 3986/2011, Sala de lo Social, 23 de mayo de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1680/2019, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

<sup>102</sup> STS 4942/2009, Sala de lo Social, 8 de junio de 2009, R. de casación no. 67/2008, Ponente: Fernando Salinas Molina.

<sup>103</sup> STS 7687/2011, Sala de lo Social, 14 de octubre de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina; Ponente: Jesus Souto Prieto.



fuentes del derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone entre otras consecuencias (...), el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley».

De la misma manera, el ET en el art. 3.3, que fue transcrito anteriormente, impone la obligación de que las normas pactadas respeten los mínimos necesarios, lo que implica que los convenios colectivos están imposibilitados de modificar o derogar las normas vigentes en sentido literal, pero no desplazar su aplicación.

En Ecuador, como vimos anteriormente, el principio de norma más favorable está comprendido dentro de los alcances del *in dubio pro operario*, de manera que no hemos podido encontrar, salvo error u omisión, pronunciamientos jurisprudenciales que realicen algún tipo de aportación al objeto de estudio.

En cuanto a la relación que existe entre el enriquecimiento injusto, como principio general del derecho, y la regla de norma más favorable, consideramos que es muy similar a la que advertimos al analizar el *in dubio pro operario*, ya que comparten la misma finalidad y el trasfondo patrimonial.

En primer lugar, consideramos que ambos principios buscan conseguir el equilibrio entre las partes. En el caso del enriquecimiento injusto, el equilibrio que se pretende es de carácter genérico y, sobre todo, enfocado en el resultado que han de conseguir los participantes; en el caso de la norma más favorable es un equilibrio concreto en la elección de aquella norma que es más favorable a la persona trabajadora sin violentar el principio de legalidad.

En segundo lugar, hemos podido advertir que, al igual que en el epígrafe anterior, ambos principios tienen un trasfondo patrimonial, que se refleja de forma más evidente en el enriquecimiento injusto por estar centrado en el resultado del negocio. En el caso de la norma más favorable, también lo podemos ver, ya que la aplicación de una norma más favorable a la persona trabajadora podría generar el reconocimiento de derechos que, a la larga, serían cuantificables y entrarían a formar parte de su patrimonio.

Estos aspectos nos permiten establecer que, igual que en el caso anterior, existe una relación de género-especie en la que el enriquecimiento injusto es el género y la norma más favorable es la especie. En esta virtud, habiendo analizado dos de los cinco principios previstos, ya hemos podido llegar a una conclusión parcial respecto a

la relación que existe entre ambos. Pero para estar en capacidad de comprobarlo de manera inequívoca es necesario continuar con el análisis.

### **3.2.3. Principio de condición más beneficiosa adquirida/Intangibilidad**

El tercer principio de las relaciones laborales que vamos a estudiar es el de la condición más beneficiosa. Es el nombre que le otorga la legislación española. En Ecuador se denomina principio de intangibilidad.

El principio de condición más beneficiosa en España está considerado como el derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes por un acuerdo colectivo o una práctica empresarial individual y colectiva. Por este principio, tomando como base la autonomía de la voluntad, incorporan o introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para la persona trabajadora que los fijados en la normativa legal o convencional de referencia, los cuales deben ser respetados hasta su modificación o supresión.

Para analizar este principio es necesario que dividamos su tratamiento en dos grandes asuntos: el primero consiste en la forma de incorporación o introducción de las condiciones laborales para la persona trabajadora; el segundo, respecto a su modificación o supresión.

Antes de entrar en este desarrollo, es necesario establecer que el fundamento de este principio se encuentra previsto en el art. 3.1 c) del ET, que claramente manifiesta:

«(...) 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados».

De lo transcrito se puede advertir que, una vez que la condición o el beneficio laboral ha sido concedido a la persona trabajadora, el titular de la empresa no puede eliminarlo o disminuirlo en perjuicio de este sin más. Por ello, podemos advertir que los requisitos iniciales para que se configure son: i) Que las condiciones o mejoras se den dentro de la relación laboral; y ii) Que estas sean más favorables que las establecidas en el contrato, en el convenio o en la ley.

Lo señalado hasta el momento solamente nos permite tener una visión general de en qué consiste este principio; sin embargo, su desarrollo y alcances son mucho más complejos, por lo que debemos referirnos a su finalidad. Para López Cumbre (2015, pp. 1-5), consiste en la preservación de una situación excepcional o privilegiada de la persona trabajadora frente a cualquier alteración o modificación, por lo que estas condiciones laborales se convierten en derechos adquiridos para las personas trabajadoras.

En términos generales parecería que este principio no genera ningún problema. La reliadad es que la conflictividad surge cuando no se puede establecer si se está disfrutando de aquella condición de trabajo debido a un pacto contractual; o si solo se trata de una actuación del titular de la empresa, que no forma parte del nexo contractual; o si por el contrario se trata de un uso o costumbre. Este problema se agudiza cuando estas condiciones se han establecido de forma verbal o tácita.

Para responder a estas inquietudes, el TS español, en doctrina reiterada, ha analizado la condición más beneficiosa que se ha realizado de carácter expreso y a aquella que se ha fijado de carácter verbal o tácito.

En cuanto a la existencia de la condición más beneficiosa, el TS español en doctrina consolidada, entre otras en las Sentencias de 15 de junio de 2015<sup>104</sup>, 16 de septiembre de 2015<sup>105</sup>, 19 de diciembre de 2012<sup>106</sup>, 12 de julio de 2011<sup>107</sup>, 21 de noviembre de 2006<sup>108</sup>, entre otras, considera que para que se pueda hablar de condición más beneficiosa, es necesario que se encuentren los siguientes elementos de manera simultánea, esto es:

- i. La presencia inequívoca de la voluntad empresarial de otorgar a los trabajadores una ventaja o un beneficio social que esté por encima de los establecidos en las fuentes legales o convencionales, ya sea por un acuerdo bilateral entre el titular de la empresa y la persona trabajadora, o mediante decisión unilateral del titular de la empresa aceptada tácitamente por la

---

<sup>104</sup> STS 2819/2015, Sala de lo Social, 15 de junio de 2015, R. de casación No. 164/2014, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

<sup>105</sup> STS 5122/2015, Sala de lo Social, 16 de septiembre de 2015, R. de casación No. 233/2014, Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

<sup>106</sup> STS 9085/2012, Sala de lo Social, 19 de diciembre de 2012, R. de casación No. 209/2011, Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

<sup>107</sup> STS 5447/2011, Sala de lo Social, 12 de julio de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina No. 4568/2010, Ponente: Rosa María Viroles Piñol,

<sup>108</sup> STS 8658/2006, Sala de lo Social, R. de casación para la unificación de doctrina No. 3936/2005, Ponente: Jordi Agustí Julia.

persona trabajadora. Si es un acuerdo tácito, es necesario que haya existido una oferta entendida como el ofrecimiento de mejores condiciones por parte del titular de la empresa, y una aceptación por parte de las personas trabajadoras, para que se entienda incorporada al contrato.

- ii. El derecho o la condición se haya incorporado al nexo contractual, ya que existen supuesto de mera liberalidad o tolerancia del titular de la empresa que quedan excluidos por no haber estado incorporados a la relación contractual. Por ello, la prueba de este nexo consiste en la existencia de la voluntad de la persona titular de la empresa de atribuir un mejor derecho o condición a la persona trabajadora.
- iii. El derecho o la condición más beneficiosa se haya adquirido y disfrutado no solamente con el paso del tiempo, sino que se haya dado en virtud de la voluntad inequívoca de su concesión.
- iv. La incorporación al nexo contractual del beneficio impide que el titular de la empresa lo pueda extraer por decisión unilateral. Esta decisión unilateral sí tiene cabida, pero a través del procedimiento de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, como manifiesta el profesor García Ninet en el análisis que realiza sobre la evolución de este precepto, siempre a favor de la empresa (2014, pp. 211-304).
- v. La permanencia de la condición más beneficiosa se mantiene mientras las partes no acuerden algo distinto, o sea neutralizada o compensada por una normativa posterior.
- vi. El derecho o condición más beneficiosa tácita debe considerarse como una condición contractual que por vía de repetición se incorpora al contrato. De manera que, las condiciones realmente aplicadas, aunque no deriven de un pacto, responden al intercambio propio de un contrato de trabajo y, por ello, adquiere la naturaleza contractual.

La doctrina del TS español es muy importante, debido a que su regulación normativa no desarrolla con tanta profundidad los requisitos que se han de cumplir para que esta se configure, por lo que cada uno de los criterios señalados anteriormente nos permiten tener una noción clara respecto a la forma como debe instrumentalizarse para que cumpla su finalidad.

Lo manifestado por la jurisprudencia del TS español nos permite advertir que el beneficio que se disfruta a lo largo del tiempo no obliga al titular de la empresa

mientras no exista un acto de voluntad inequívoca para su concesión. Es decir, para que pueda tener la calidad de derecho adquirido es necesario que esa concesión unilateral del titular de la empresa se realice con el ánimo de obligarse a futuro, lo que, en definitiva, revista una dificultad probatoria para confirmar la existencia de la figura.

Una vez que se cumplan estos requisitos, ya podríamos establecer que se trata de un derecho adquirido. De ahí surge su relación con la intangibilidad de derechos.

Uno de los aspectos que llama la atención de la configuración de este principio en la normativa española, en comparación con la legislación ecuatoriana, es que prevé determinados mecanismos para modificar o extinguir la condición más beneficiosa, que resultan muy interesante para el objeto de estudio, conforme se explicará en líneas posteriores.

El reconocimiento de la condición más beneficiosa, si bien tiene la categoría de ser un derecho adquirido, lo cierto es que no implica que sea inmutable o que deba perdurar hasta la finalización de la relación laboral. De manera que, en observancia del principio de conservación del negocio, existen diversos supuestos en los que es posible modificar las condiciones de trabajo a fin de evitar la extinción de la relación laboral.

La extinción o modificación de la condición más beneficiosa es, en breves rasgos, una forma de neutralizar el principio de intangibilidad, que según lo previsto por la legislación española procede únicamente cuando se acuda a una compensación y absorción de salarios previsto en el art. 26.5 del ET<sup>109</sup> y, a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulada en el art. 41 del ET, que, como indica el maestro García Ninet (2014, pp.211-215) extiende considerablemente los poderes de la empresa.

Por una parte, la compensación y absorción de salarios son dos figuras legales con un importante desarrollo jurisprudencial, que tienen por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras de este, es decir, que neutralizan los incrementos salariales producidos por el aumento del salario mínimo interprofesional o de convenio cuando los trabajadores ya reciben sueldos superiores a los mínimos establecidos.

---

<sup>109</sup> Se transcribe el contenido íntegro del artículo por el interés que representa: “Art. 26 ET. Del Salario. 5. Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo y convencional.”

De acuerdo con la doctrina (entre ellos, Bejarano Hernández [2001, pp. 123-124], García-Perrote Escartín y Mercader Ugina [2014, p. 169], Camps Ruiz [1993, p. 269] y Moreno Vida [1994, pp. 173-174]), para poder efectuar la compensación o absorción de salarios es necesario cumplir los siguientes requisitos:

- i. La compensación o absorción solo puede aplicarse a salarios otorgados en dinero o en especie, quedando excluidos cualquier tipo de devengo extrasalarial.
- ii. Los conceptos que se compensan deben ser homogéneos, ya que para que se compensen salarios heterogéneos se necesita un pacto expreso que lo permita.
- iii. El derecho del titular de la empresa a absorber y compensar debe hacerse después de cada mejora salarial, de manera que se requiere una manifestación inequívoca de la voluntad para cambiar el marco normativo o convencional de referencia.

El TS español, en Sentencias de 28 de febrero de 2005<sup>110</sup>, 29 de septiembre de 2008<sup>111</sup>, 21 de enero de 2008<sup>112</sup> y 10 de junio de 1994<sup>113</sup>, se ha pronunciado respecto a los requisitos antes expuestos. Ha realizado varias precisiones. En relación con la homogeneidad de los conceptos que se deben compensar, ha manifestado que la superposición, por regla general, no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos. En cuanto a la posibilidad de compensar y absorber, es necesario primero analizar los términos, el modo y extensión de los salarios implicados. Así mismo, establece que no cabe la compensación y absorción en sueldo de convenio de un complemento de cantidad y calidad del trabajo que no satisfaga a todos los empleados.

Por lo expuesto, se puede concluir que este mecanismo es muy útil para el titular de la empresa, puesto que le permite neutralizar mejoras laborales respecto a salarios, cuando los trabajadores reciban más que los límites fijados por la ley o el convenio.

---

<sup>110</sup> STS 1244/2005, Sala de lo Social, 28 de febrero de 2005, R. de casación para unificación de doctrina no. 2486/2004, Ponente: José María Botana López.

<sup>111</sup> STS 5507/2008, Sala de lo Social, 29 de septiembre de 2008, R. de casación para unificación de doctrina no. 2255/2007, Ponente: José Luis Gilolmo López.

<sup>112</sup> STS 1501/2008, Sala de lo Social, 21 de enero de 2008, R. de casación para unificación de doctrina no. 4191/2006, Ponente: José María Botana López.

<sup>113</sup> STS 4505/1994, Sala de lo Social, 10 de junio de 1994, R. de casación no. 2274/1993, Ponente: Víctor Eladio Fuentes López.

Por otra parte, otro de los mecanismos que otorga el ET para neutralizar la intangibilidad consiste en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>114</sup>. Esto se encuentra regulado en el art. 41 número 1 del ET<sup>115</sup> y en el art. 82 número 3 del ET.

En opinión de Fernández Domínguez (1993, pp. 291-296), el legislador, en el momento de regular esta figura en el ET, no hizo la distinción entre condiciones sustanciales y condiciones no sustanciales. Este es un concepto indeterminado que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte del alto TS español, a fin de evitar una interpretación equivocada.

En este sentido, el TS español en doctrina ya consolidada, por ejemplo, a través de las Sentencias de 3 de diciembre de 1987<sup>116</sup>, 3 de abril de 1995<sup>117</sup>, 9 de abril de 2001<sup>118</sup> y 26 de abril de 2006<sup>119</sup>, ha definido la modificación sustancial como «(...) aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral que, de forma manifiesta y notoria, pasaría a ser distintos»<sup>120</sup>.

El Tribunal ha calificado de sustanciales aquellas que vayan en contra de la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo y representen una mayor onerosidad para los trabajadores afectados.

La doctrina del TS español en esta cuestión resulta fundamental, pues nos permite advertir que la lista de condiciones sujetas a modificación previstas en el art. 41 del ET están dadas a modo de ejemplo, y no siempre tendrán la calidad de sustanciales, sino que adquieren esta calidad en función de la intensidad del cambio producido.

---

<sup>114</sup> Pues como indica García Ninet (2014, p. 282, entre otras) a través de las diferentes reformas del precepto se ha quebrado el equilibrio entre las partes del contrato, por el inmenso poder de la empresa en la modificación de las condiciones de trabajo.

<sup>115</sup> Por la relevancia del art. en análisis consideramos importante transcribirlo. El Art. 41 ET reza así: *“Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. 1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.”*

<sup>116</sup> STS 13131/1987, Sala de lo Social, 3 de diciembre de 1987, R. de casación no. 2249, Ponente: Arturo Fernández López.

<sup>117</sup> STS 7734/1995, Sala de lo Social, 3 de abril de 1995, R. de casación no. 2252/1994, Ponente: Antonio Martín Valverde.

<sup>118</sup> STS 2955/2001, Sala de lo Social, 9 de abril de 2001, R. de casación no. 4166/2000, Ponente: Gonzalo Moliner Tamborero.

<sup>119</sup> STS 3095/2006, Sala de lo Social, 26 de abril de 2006, R. de casación para unificación de doctrina no. 2076/2005, Ponente: Luis Fernando De Castro Fernández.

<sup>120</sup> Tomado de la STS 13131/1987 de 3 de diciembre de 1987

De acuerdo a la regulación prevista en el ET, la modificación de condiciones sustanciales no opera en todos los casos, sino que es necesario que existan diversas razones y que estas sean probadas<sup>121</sup>.

De lo expuesto podemos concluir que el principio de condición más beneficiosa busca incorporar dentro de los contratos de trabajo todos aquellos beneficios otorgados por el titular de la empresa que mejoren las condiciones establecidas en la ley o en el convenio para dotarles de obligatoriedad y permanencia. Se hace así para posteriormente evitar que a través de una decisión unilateral y arbitraria del titular de la empresa se las quiera eliminar o menoscabar, de manera que, si este pretende alterarlos, deberá seguir los procedimientos previstos en la ley, para lo cual deberán cumplirse ciertas circunstancias y a la vez estar debidamente acreditadas<sup>122</sup>.

En esta virtud, el fundamento que rige este principio es el de proteger los derechos adquiridos relacionado con el principio de progresividad, ya que se pretende que las personas trabajadoras siempre tengan mejores condiciones de trabajo, y así evitar que los titulares de las empresas los puedan menoscabar sin fundamento alguno. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, el mecanismo de la modificación sustancial de condiciones de trabajo vulnera directamente el principio de condición más beneficiosa. Esta decisión unilateral sí tiene cabida, pero a través del procedimiento de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, como manifiesta el profesor García Ninet en el análisis que realiza sobre la evolución de este precepto, siempre a favor de la empresa (2014, pp. 211-304).

En lo que respecta a la legislación ecuatoriana, el principio de intangibilidad es la correspondencia de lo anteriormente explicado para España. En la legislación ecuatoriana este principio tiene su fundamento en el art. 326 número 2 CT, que establece:

---

<sup>121</sup> El estudio de estas razones se realizará de manera breve, ya que no tiene relación directa con el objeto de esta tesis, sino que solo nos permite tener una comprensión global del principio en análisis. Las razones probadas según el art. 41 del ET son de carácter económico, técnico, organizativas o de producción. Deben estar relacionadas con la competitividad, la productividad y la organización técnica del trabajo en la empresa. Al hablar de causas económicas, debemos remitirnos al segundo párrafo del art. 51.1 del ET, en el que se explica que se generan cuando los resultados de la empresa reflejen una situación económica negativa, entendida como la existencia de pérdidas actuales o previstas, así como la disminución de ingresos o ventas. Si nos referimos al resto de causas previstas en el art. 41, debemos remitirnos al tercer párrafo del art. 51.1, que establece, solo a modo ejemplificativo, que (i) las causas técnicas se generan cuando se producen cambios de medios o instrumentos de producción; (ii) las causas organizativas se producen cuando hay cambios en sistemas y métodos de trabajo del personal, o en el modo de organizar la producción; y, (iii) las causas productivas cuando existan cambios en la demanda de productos o servicios que se quieran colocar en el mercado, entre otros.

<sup>122</sup> Pues como indica el doctrinario García Ninet (2014, pp. 211-304), la empresa tiene así más poder del que en principio la norma tuitiva de la clase trabajadora parecía atribuirle.



«(...) Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario».

Según la RAE *intangible* significa 'que no debe o no puede tocarse'. Esto, en materia laboral, implica que ninguna disposición legal o cláusula contractual puede alterar los derechos ni los beneficios adquiridos por los trabajadores.

En esta virtud, si los derechos laborales han sido plenamente incorporados y gozados al amparo del contrato de trabajo, no pueden ser renunciados por los trabajadores. Esto se extiende para todos los derechos reconocidos por la ley.

Uno de los aspectos que comparten las legislaciones ecuatoriana y española es la protección de los derechos adquiridos. Según Arias Gómez (2018, pp. 723-737), se refieren al conjunto de aquellos derechos subjetivos, públicos y privados que engrosan el patrimonio jurídico.

Sin embargo, la definición de la expresión de derecho adquirido que, desde nuestro punto de vista es la más completa, es aquella que utiliza la SCJN de México, en la Sentencia de 28 de febrero de 2001<sup>123</sup>, expresando que:

«(...) El derecho adquirido se puede definir como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado».

Esta definición establece que, si el derecho ha formado parte del patrimonio, no es posible eliminarlo o menoscabarlo de forma unilateral. De este modo, como vimos en la primera parte de este trabajo, el atributo de la personalidad que protege el enriquecimiento injusto es el patrimonio, por lo que, si existe un bien, en este caso un derecho, que ingresa en el patrimonio de la persona trabajadora, en principio el titular de la empresa no lo podría eliminar o menoscabar, ya que el derecho forma parte de la esfera jurídica de la persona trabajadora. El titular de la empresa no tendría ninguna posibilidad de disponer de él, ya que esto implicaría el manejo de bienes ajenos.

---

<sup>123</sup> STS 189014, Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, 28 de febrero de 2001, Amparo directo No. 587/2000, Ponente: César Thomé González.

En este punto, existe una diferencia muy marcada entre la legislación española y la ecuatoriana, ya que en España sí está permitido, así sea de forma limitada, la neutralización del principio de intangibilidad, lo cual en Ecuador es impensable, debido a que no existe ninguna figura legal o jurisprudencial que permita la modificación de las condiciones laborales.

Desde nuestro punto de vista, sí es importante que la ley permita, en casos excepcionales y durante cortos periodos de tiempo, este tipo de modificaciones, ya que en este lapso, la empresa podría mejorar sus condiciones económicas y así evitar que se pierdan fuentes de trabajo, ya que por sobre todo, no debemos olvidar que la norma es de carácter tuitivo, de manera que, no se puede permitir que so pretexto de garantizar la permanencia en el puesto de trabajo, las condiciones de trabajo se conviertan en precarias.

De todo lo antes expuesto podemos inferir que la finalidad de este principio es buscar el equilibrio jurídico, ya que pretende que los derechos que reconoce voluntariamente el titular de la empresa sean permanentes y de obligatorio cumplimiento, de manera que no pueda existir posibilidad de eliminarlo de forma arbitraria. De la misma forma, este principio está íntimamente ligado con la progresividad de derechos, una vez que los derechos adquiridos por los trabajadores deben conservarse, de tal forma que no se puedan disminuir o eliminar, sino que siempre se debe buscar una continua mejoría.

En cuanto al alcance del principio de intangibilidad en la legislación ecuatoriana, Trujillo (1979, p. 132) nos explica que este conlleva

«(...) no solo la prohibición al poder público de desconocer mediante leyes posteriores los derechos de los que gozan los trabajadores con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, sino también que el legislador no puede mediante una nueva ley desmejorar las condiciones, derechos y prestaciones a favor de los trabajadores que se encuentran establecidas legalmente a la fecha en que se va a expedir la nueva ley».

Lo manifestado por el autor nos lleva a reflexionar acerca de una posible problemática en este sentido, ya que, si el alcance de este principio no solo está pensado para los titulares de las empresas sino también para los poderes públicos, en principio el Estado no podría promulgar leyes en perjuicio de los derechos adquiridos por los trabajadores.

Esta problemática debe ser resuelta tomando como base la realidad jurídica de cada país, ya que consideramos que el resultado sería distinto en el caso de España respecto al de Ecuador. En el caso de España, sin entrar en detalle en la regulación de la negociación colectiva, ya hemos podido observar que, a través de la promulgación de diversas reformas laborales como la del 2012<sup>124</sup>, se han establecido peores condiciones de trabajo para las personas trabajadoras, de manera que el principio de intangibilidad sí ha podido ser alterado por medio de una norma posterior; sin embargo, en el caso de Ecuador creemos que esto no sería posible, ya que el principio de intangibilidad, como lo señalamos anteriormente, está previsto en la Constitución, de manera que, si se promulga una ley que contenga peores condiciones laborales que las ya adquiridas, estaríamos frente a un posible conflicto de constitucionalidad, en el que se tendría que ponderar las disposiciones previstas en la ley respecto al principio de intangibilidad.

Lamentablemente este caso todavía no se ha presentado en el país, por lo que no hemos podido conseguir pronunciamientos al respecto. Desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico ecuatoriano es muy rígido, por lo que, al haber elevado el principio de intangibilidad a rango constitucional, se generó un candado legal que, justamente, impide la posibilidad de que esto ocurra.

Consideramos que, en el caso de España, no existe este problema, y de esta forma cualquier ley o convenio posterior que contenga peores condiciones laborales puede tener vigencia y aplicación<sup>125</sup>.

Por otra parte, al analizar la posibilidad de neutralizar el principio de condición más favorable, establecimos que en España había posibilidad de hacerlo a través de la compensación y la absorción de las condiciones salariales y de la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Como se dijo anteriormente, en Ecuador esto no es posible, ya que en el CT, con respecto al contrato individual de trabajo, no existe ninguna disposición que permita alterar ni flexibilizar las condiciones de trabajo fijadas,

---

<sup>124</sup> Como señala la doctrinaria Vicente Palacio (2014, p. 49 y ss), el periodo que comprende de 2009 a 2013, destaca por una gran inseguridad jurídica, una *hipernormatividad* (sic.) laboral, como expresa la profesora, con “la alta presencia de normas de urgencia y el alcance e intensidad de las reformas adoptadas precisamente por esas normas de urgencia”

<sup>125</sup> Sin perjuicio de que en España estuviere permitido que la norma posterior, así tenga peores condiciones laborales, derogue la anterior, lo cierto es que esto genera una flagrante transgresión al principio de progresividad de derechos, en el que se está en constante búsqueda de mejorar los derechos laborales. Esto, aunado a que su está reconocido en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual desde el punto de vista de la jerarquía normativa, implicaría una contravención a una norma jerárquicamente superior, lo que debería generar como consecuencia, en un escenario ideal, su derogatoria automática.

ya sea por la ley o en el propio contrato individual. Por esto podemos afirmar que los derechos adquiridos por los trabajadores, a través de convenio expreso o tácito, convierten al principio de intangibilidad en absoluto, ya que no existe posibilidad alguna de que puedan ser suspendidos, y mucho menos eliminados.

En definitiva, consideramos que, en ambas legislaciones, se comparte el fundamento protector de las condiciones de trabajo adquiridas y gozadas por los trabajadores; sin embargo, creemos que en el caso de la legislación española este principio no es tan rígido como en la legislación ecuatoriana, ya que esta última no permite la posibilidad de modificarlas.

Una vez que hemos analizado la definición y los alcances de este principio, nos queda por establecer la posible relación que existe con el enriquecimiento injusto como principio general del derecho. En este sentido, consideramos que, al igual que en los dos principios analizados anteriormente, existe una relación de género-especie, que se encuentra fundada en la equidad que ambos buscan. Por ello, en lo que respecta a este principio, podemos sostener la conclusión de que el principio de condición más beneficiosa o intangibilidad de los derechos de los trabajadores es una especie del género enriquecimiento injusto laboral.

En este principio es mucho más evidente la incidencia patrimonial —y no solo económica—, ya que las condiciones de que goza la persona trabajadora pasan a formar parte de su patrimonio, por lo que, si son eliminadas o modificadas de forma arbitraria, resulta evidente el detrimento patrimonial que sufriría.

En esta virtud, podemos llegar a determinar que la relación entre el principio de intangibilidad o condición más beneficiosa es mucho más clara que en los anteriores, ya que, si se permite en términos generales que el titular de la empresa realice cambio de modificaciones sustanciales de trabajo, esto podría conllevar necesariamente un desplazamiento patrimonial de los derechos adquiridos por la persona trabajadora hacia el titular de la empresa, sin que exista una disposición legal que lo sustente.

#### **3.2.4. Principio de irrenunciabilidad**

El tercer principio que vamos a analizar es el de irrenunciabilidad (*sic.*). Está estrechamente relacionado con el principio de condición más beneficiosa e intangibilidad que vimos anteriormente.

Para comenzar con el estudio de este principio es indispensable remontarnos a la figura de la renuncia de derechos, que consiste en la manifestación de la voluntad que expresa el titular de un derecho subjetivo de desprenderse de este siempre que no afecte a derechos irrenunciables, no sea contrario al interés o al orden público y no perjudique a terceros<sup>126</sup>.

La renuncia de derechos conlleva la facultad de disposición de un derecho subjetivo existente y válido, de manera que, para que sea efectiva, se requiere que sea clara, explícita, terminante e inequívoca; ahora bien, es indispensable recordar que únicamente cabe la renuncia respecto a derechos subjetivos, porque los derechos objetivos y las normas jurídicas no son sujeto de renuncia. Sin embargo, el hecho de que se faculte a los titulares de derechos subjetivos a renunciar a ellos no implica que tal renuncia se haga extensiva para todos, es decir, existen ciertos derechos subjetivos en los que sus titulares no están facultados o están impedidos para prescindir, desposeer o privarse de ellos.

A este impedimento se le ha denominado irrenunciabilidad de los derechos, ya que se configura como un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, establecido por el ordenamiento jurídico para proteger el interés/orden público y los derechos de terceros<sup>127</sup>.

El fundamento en el que se sustenta esta limitación, en cuanto al interés y al orden público, se encuentra claramente desarrollado por Acedo (1996, pp. 330-335), quien explica que el interés público comprende el interés primario y general de la sociedad como sujeto colectivo, aunque en muchas ocasiones sea diferente al interés del Estado como órgano político-administrativo creado para la gestión de los intereses de la propia sociedad. En cuanto al orden público, el autor manifiesta que este sirve para garantizar la satisfacción del interés social de alcanzar el bien común, mediante la técnica jurídica; es decir, el límite a la renuncia de derechos por interés y orden público viene dado de la protección que otorga la norma al interés de la sociedad en general por encima de la decisión de un solo individuo.

En lo que respecta al límite de renuncia por protección de derechos de terceros, De Castro (1997, p. 602) explica que está basado «(...) en una concepción amplia del

---

<sup>126</sup> Definición tomada del art. 6 del CC español de 24 de julio de 1889.

<sup>127</sup> Para más profundidad sobre este tema véase a Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). Del efecto del finiquito y otras cuestiones. STSJ Cataluña 21 febrero 2014. Nueva revista española de derecho del trabajo, 168, pp. 409-418.

respeto debido a las situaciones jurídicas de los demás; alcanza a las personas unidas por vínculos jurídicos directos (por ejemplo, deudor y acreedor, nudo propietario y usufructuario), e incluso a las entre sí enlazadas por una razón accidental».

Pero esto no implica que toda renuncia cause un perjuicio a un tercero, sino solo aquellas que, por ejemplo, lesionen derechos de acreedores o de herederos forzosos.

Esta irrenunciabilidad de derechos también está presente en materia laboral. Está definida por Hernaiz Márquez (1969, p. 88) como «(...) la no posibilidad de privarse voluntariamente, con carácter amplio y por anticipado, de los derechos concedidos por la legislación laboral», de manera que el fundamento de este principio nace de la propia relación de subordinación que tiene la persona trabajadora frente al titular de la empresa, por lo que se presume que cualquier renuncia no sería un acto libre, ya que podría verse forzado a hacerlo.

Por ello, el objeto de este principio consiste en evitar que se atente contra los beneficios de la persona trabajadora, de manera que esta no pueda, bajo ningún concepto, renunciar a sus derechos adquiridos, y el titular de la empresa tampoco esté facultado para pretender conseguir tal renuncia bajo ninguna circunstancia.

En España el principio de irrenunciabilidad está reconocido en el art. 3 número 5 del ET:

«(...) Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

Es decir, el principio de irrenunciabilidad ha estado vinculado con el principio antes estudiado de aplicación de la norma más favorable, ya que, al existir normas emanadas por el poder público que fijen condiciones mínimas de contratación, el principio de autonomía de la voluntad no puede limitar las condiciones adquiridas. Además, cualquier tipo de renuncia que hiciera quedaría tácitamente derogada por un principio de jerarquía normativa.

Es ahí donde Ramos Quintana (2009, pp. 804) analiza que el principio de irrenunciabilidad en España ha evolucionado hacia la indisponibilidad, que tiene una

dimensión jurídica más extensa. Para entender sobre qué trata la indisponibilidad, primero debemos referirnos brevemente a la disposición.

La figura de la disposición, según la autora citada, abarca «(...) los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales un derecho subjetivo puede quedar transformado, modificado e, incluso, extinguido», por cuanto es un acto que puede provocar una disminución del patrimonio que comprende la renuncia, la negociación y la transacción. Esto nos permite advertir que la indisponibilidad consiste en la prohibición de modificar o transformar un derecho subjetivo a fin de evitar una disminución del patrimonio. Para entender sus alcances es necesario mencionar tres aspectos importantes.

El primero, acerca de la sanción que establece el ET por contravenir esta disposición, esto es, generar la invalidez del acto jurídico. Por lo tanto, no puede generar los efectos para los que nació.

El segundo versa sobre la definición de la RAE de este término: ‘facultad de enajenar, ceder o gravar un bien o un derecho’. Partiendo de esta definición, debemos establecer la diferencia que existe entre indisponibilidad y renuncia. Desde nuestro punto de vista está en que la renuncia es uno de los mecanismos<sup>128</sup> para disponer de los derechos, mientras que la disposición es un acto jurídico capaz de transformar el derecho, de manera que tiene mayor amplitud en el mundo jurídico.

El tercero implica el alcance de la autonomía de la voluntad respecto a los derechos susceptibles de ser renunciados. En la legislación española hemos podido determinar que existen regulaciones distintas para la renuncia y para la negociación o la transacción, los que en cierta manera también conlleva una disposición de derechos, como explicamos a continuación.

La renuncia en el derecho laboral, como se dijo anteriormente, es una decisión unilateral del sujeto de derechos a abandonar o desprenderse de uno o más derechos subjetivos. Esta por regla general está sancionada con la ineficacia del acto. En este mismo sentido, en la indisponibilidad la persona trabajadora tampoco está facultada para hacer actos de enajenación de los derechos laborales, a título gratuito u oneroso, ya que ellos también serían ineficaces.

---

<sup>128</sup> Existen otros mecanismos como la cesión de derechos, la transacción o la conciliación..

En lo que respecta a los derechos considerados como irrenunciables, Montoya Melgar (1970, p. 38) establece que son únicamente aquellos reconocidos en disposiciones normativas, cualquiera que sea el alcance de estas, es decir leyes, reglamentos, convenios colectivos, salvo que permitan la disponibilidad del derecho. Por ello, la indisponibilidad de derechos, según Ramos Quintana (2002, p. 202), imposibilita una renuncia libre y voluntaria al ejercicio de un derecho a través de actos jurídicos válidos y eficaces que impliquen su desconocimiento.

Por lo expuesto, podemos advertir que lo que diferencia a la indisponibilidad de la transacción y la negociación es el tipo de derecho al que se pretende renunciar. En el caso de la indisponibilidad, es evidente que esta prohibición es aplicable a derechos existentes de la persona trabajadora y de los cuales está gozando, es decir, ya entraron a formar parte de su patrimonio; mientras que, en el caso de la transacción y la negociación, estamos hablando de meras expectativas o posibles derechos que le corresponderían a la persona trabajadora, como por ejemplo la indemnización por despido injustificado.

En la Sentencia de 27 de abril de 1999<sup>129</sup>, el TS español ya realizó una distinción entre los actos de renuncia unilateral que conllevan una mera renuncia de derechos y los bilaterales que implican la cesión de un derecho a cambio de algo. Este acto jurídico de cesión de un derecho a cambio de otra cosa se denomina *transacción*, que es un negocio jurídico válido en el derecho laboral y cuyo objeto consiste en realizar concesiones recíprocas a fin de evitar un conflicto, lo que implica necesariamente realizar algún tipo de renuncia a los derechos.

Una vez que hemos analizado todos estos aspectos, podemos concluir que, en el caso de España, la indisponibilidad de los derechos laborales es la evolución del principio de irrenunciabilidad, el cual prohíbe que los trabajadores abandonen los derechos subjetivos existentes, que ya forman parte de su patrimonio. También existen figuras como la negociación y la transacción, que, aunque a simple vista, se puedan catalogar como un tipo de renuncia de derechos. Son únicamente válidos para aquellos posibles derechos que constituyen una expectativa para la persona trabajadora y que no han entrado a formar parte de su patrimonio.

---

<sup>129</sup> STS 2819/1999, Sala de lo Social, 27 de abril de 1999, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4985/1997, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.



En el caso de Ecuador, el reconocimiento de este principio se da en la Constitución, en el art. 326 (que fue citado textualmente al estudiar el principio de intangibilidad, por lo que no consideramos pertinente transcribirlo nuevamente). Su reconocimiento también lo ponemos encontrar en el art. 4 del CT:

«(...) Art . 4.-Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario».

La legislación ecuatoriana no solo ha previsto la prohibición de desmejorar o renunciar a los derechos adquiridos por los trabajadores, sino que ha determinado que la sanción para este tipo de actos sea la nulidad absoluta, es decir, eliminar los efectos jurídicos que esta haya producido, de manera que, si el titular de una empresa consigue que una persona trabajadora renuncie a alguno de sus derechos, este acto no tiene validez en el mundo jurídico, de tal forma que resulta inaplicable, lo que ocurre de igual manera en el derecho español.

La nulidad, para Boffi Boggero (1977, pp. 455-458), es un mecanismo de defensa del ordenamiento jurídico en el cual se sancionan todos aquellos actos jurídicos que transgredan las normas positivas. Esta sanción civil consiste en privar los efectos que pueda generar el acto jurídico celebrado, de manera que se retrotraen los efectos al estado anterior, es decir, antes de la celebración del acto jurídico nulo.

Al igual que en la legislación española, la irrenunciabilidad de derechos resulta aplicable para aquellos que se consideran como derechos adquiridos de la persona trabajadora, es decir, que hayan entrado a formar parte de su patrimonio.

En este mismo orden de ideas, la CSJ, en la jurisprudencia de 14 de enero de 2006<sup>130</sup>, ha establecido que el fundamento de la irrenunciabilidad viene dado por una garantía de protección a la persona trabajadora, quien es la parte más débil de la relación laboral y que, por diferentes razones, se encuentra en inferioridad de condiciones frente al titular de empresa, de manera que se ha instaurado una prohibición de aceptar condiciones contractuales que le perjudiquen o de renunciar a derechos adquiridos; y si acepta tales condiciones es evidente que lo hace por necesidad o desconocimiento, obligado por su estado de inferioridad jurídica y económica.

---

<sup>130</sup> SCSJ s/n; Sala Laboral, 14 de enero de 2006, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, publicada en la ; Gaceta judicial serie XVIII número 1998.

Como vimos anteriormente, tanto en España como en Ecuador existe la figura de la transacción en materia laboral como un mecanismo alternativo a la renuncia de derechos, que fue creado para que, a través de la realización de concesiones mutuas, las partes eviten o pongan fin a un conflicto, en el que se discutirá respecto a derechos adquiridos o meras expectativas.

En Ecuador la transacción en materia laboral tiene un reconocimiento constitucional en el art. 326 número 11 de la CRE:

«(...) Art. 326. El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente».

La transacción está concebida como un medio de extinguir las obligaciones laborales. Según, Lagomarsino (1977, pp. 342-344), es definido como «(...) un acto jurídico bilateral indivisible, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas extinguen obligaciones litigiosas o dudosas».

Esta definición nos permite establecer que la transacción es un acto jurídico que tiene por objeto el reconocimiento o declaración de derechos, lo que en materia laboral consiste en que las partes contractuales, la persona trabajadora y la persona titular de la empresa puedan llegar a un acuerdo respecto a ciertos aspectos, tales como la compensación de sus derechos laborales o el mecanismo para cumplir una determinada obligación.

En este sentido, la CSJ en la Sentencia de 14 de julio de 1998<sup>131</sup> estableció la relación entre la irrenunciabilidad y la transacción, diciendo que:

«(...) El Código del Trabajo ampara a los trabajadores. Según el art. 4, sus derechos son irrenunciables y es nula toda estipulación en contrario; pero ello no impide que celebre una transacción con su empleador, pues, si el trabajador transige sobre sus derechos concretos que le pertenecen y forman parte de su patrimonio encontrándose en libertad para hacerlo, la transacción no puede tomarse como opuesta al principio de la irrenunciabilidad de los derechos, criterio que ha sido observado en algunas resoluciones de la Corte Suprema, atento a lo establecido en el

---

<sup>131</sup> SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 14 de julio de 1998, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta Judicial 12. Año XCVIII. Serie XVI, p. 3162.

art. 169 número 2 del cuerpo de leyes citado, que contempla la posibilidad de que el contrato de trabajo termine «por acuerdo de las partes».

Esta Sentencia es clara respecto a que la transacción es un mecanismo válido para que la persona trabajadora pueda transigir respecto de aquellos derechos para los que se encuentre facultada, y que esta no se contrapone al principio de irrenunciabilidad, porque los derechos respecto de los que se está cediendo son de diferente categoría.

En el texto constitucional se impone la obligación de que la transacción sea celebrada ante una autoridad administrativa, entendida como el Ministerio del Trabajo o una autoridad judicial para que sea considerada como válida; es decir, se necesita que una autoridad pública apruebe el contenido, a fin de evitar que se esté produciendo una afectación a una de las partes.

En este sentido, la CSJ, en la Sentencia de 21 de junio de 1999<sup>132</sup>, estableció la obligatoriedad de las autoridades competentes para aprobar actas transaccionales en las que exista un beneficio para la persona trabajadora, ya sea porque se reconoció el derecho o se asegure la entrega del dinero.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la regulación respecto al principio de irrenunciabilidad en España y Ecuador es muy parecido. Lo más importante para esta tesis son los fundamentos para su reconocimiento, ya que a través de este se pretende equilibrar la relación jurídica de las partes, partiendo del hecho de que el titular de la empresa tiene un mayor poder que la persona trabajadora, por lo que se busca evitar que, aprovechándose de su condición, consiga que aquellos derechos que ya entraron a formar parte del patrimonio de la persona trabajadora sean eliminados o menoscabados. En otras palabras, se busca que no exista un desplazamiento patrimonial de la persona trabajadora al titular de la empresa a través de una renuncia que no tenga sustento legal.

Podemos afirmar que la relación que existe entre el principio de irrenunciabilidad y el de enriquecimiento injusto es todavía más evidente en este caso que en los anteriores, ya que, además de compartir su fundamento, es notoria la afectación patrimonial que sufriría la persona trabajadora.

---

<sup>132</sup> SCSJ s/n; Sala de lo Laboral y Social; 21 de junio de 1999, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta judicial 15. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. P. 4375

Todo esto nos permite ratificar aquella afirmación que hemos venido sosteniendo a lo largo de este epígrafe, respecto a que el enriquecimiento injusto y el principio de irrenunciabilidad tienen una relación de género-especie en la que es evidente que el ámbito de aplicación del primero es mucho más amplio, mientras que en el caso del segundo está circunscrito a la disposición de ciertos derechos subjetivos que nacen de la relación laboral.

Para estar en capacidad de consolidar esta conclusión preliminar es necesario analizar el último principio que habíamos seleccionado, el de supremacía de la realidad.

### **3.2.5. Principio de supremacía de la realidad**

El principio de supremacía de la realidad es quizá uno de los más aplicados en el ámbito laboral, ya que la realidad de la labor desempeñada por la persona trabajadora prevalece con respecto a las condiciones laborales que se hayan fijado en el contrato. Este principio fue desarrollado por el doctrinario mexicano De la Cueva y posteriormente estudiado en profundidad por el uruguayo Pla Rodríguez, aunque posteriormente haya sido abordado por otros doctrinarios del derecho.

Para De la Cueva (1943, pp. 8 y 381), la relación de trabajo reposa en la realidad de los hechos que la preceden y no de lo pactado entre el titular de la empresa y la persona trabajadora, por lo que, al desarrollarse la relación laboral contractual, en la que interactúan una persona natural que presta servicios personales a otra, ya sea natural o jurídica, bajo dependencia y subordinación, se estará en presencia de un contrato realidad, cuya naturaleza resulta erróneo juzgar de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones que contiene el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

Para Pla Rodríguez (1998, p.14), este principio resuelve las diferencias que existen en una relación laboral cuando en la realidad ocurren hechos diversos a los establecidos en el contrato de trabajo, y que resulta útil no solo para acreditar la veracidad de esos hechos, sino también para identificar la existencia de una relación laboral. Para que este principio se aplique, es necesario que los hechos que constituyen esa realidad sean probados, de tal forma que anulen cualquier tipo de disposición presente en un documento.

Por ejemplo, este principio es de suma utilidad para identificar si un contrato de prestación de servicios, que es de naturaleza civil, en realidad se ha encasillado dentro de la materia laboral o viceversa.

Existen una serie de elementos esenciales en la configuración de un contrato de trabajo: la prestación de servicios, la remuneración, la subordinación y la ajenidad, realizados por una persona física de manera voluntaria. El contrato de prestación de servicios de naturaleza civil comparte los elementos de la prestación del servicio y la remuneración, y no presenta los elementos de subordinación y ajenidad.

El principio de supremacía de la realidad permite determinar si existió una simulación contractual, ya que, a través de los hechos probados, se puede determinar si efectivamente el contrato es de naturaleza civil o laboral. En lo que respecta a la simulación contractual laboral, hemos dedicado un epígrafe del capítulo IV a desarrollarlo en profundidad, por lo que en este únicamente nos limitaremos a la utilidad que tiene.

En este sentido, Villegas (2000, p. 14) explica que existe una creencia generalizada y deformada que concibe que el papel o las formas contractuales son las que dicen la verdad, mientras que esta puede ser descubierta únicamente a través de la realidad predominante en las relaciones jurídicas.

La OIT a través de la Recomendación n.º 198 sobre la relación de trabajo, promulgada el 15 de junio de 2006, estableció en relación con la determinación de la existencia de una relación laboral lo siguiente:

«(...) 9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes. (...)

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 una 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 empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector

determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

13. (...) 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».

De lo transcrito se puede ver cómo la realidad predomina sobre cualquier contrato escrito que se hubiera podido suscribir entre las partes, es decir, se hace efectivo el aforismo jurídico del *nomen iuris*, que consiste en que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Para poder llegar a establecer si una relación de prestación de servicios es laboral, la OIT ha enumerado una serie de indicios.

El instrumento denominado *contrato de trabajo* fija el marco jurídico primario en el que se desarrollará la relación laboral. Este tiene su existencia real cuando la actividad empieza a ejecutarse, de tal forma que la propia dinámica de la relación de trabajo o el acuerdo de voluntades posterior pueden modificar las condiciones laborales establecidas en el instrumento.

Estos desajustes entre la realidad y el contenido del instrumento denominado contrato de trabajo, para Pla Rodríguez (1998, pp. 256-257), se puede deber a una intención de las partes de simular una situación jurídica diferente a la que ocurre en la realidad; puede provenir de un error, imputable a una parte o a ambas; de la falta de actualización de datos; y de la falta de cumplimiento de los requisitos formales. Sin importar el origen de la discordancia, al derecho laboral le interesa comprobar la naturaleza de la relación jurídica y los derechos que la persona trabajadora haya adquirido durante el desarrollo de esta, pues difieren considerablemente si la relación jurídica es en realidad civil o laboral.

Por ello la realidad preponderante en la relación laboral se la denomina *contrato realidad*, ya que en este lo que se podrá demostrar es la realidad objetiva de los hechos, en contraposición con una realidad subjetiva plasmada en el contrato de trabajo o en el contrato de servicios profesionales, también denominado *arrendamiento de servicios*.

La discordancia entre la realidad y el contenido del contrato no es una situación que ocurra como regla general, sino que, desde nuestra experiencia, se genera con el objeto de evadir algunas obligaciones que implican un mayor desembolso de recursos por parte del titular de la empresa o porque las condiciones laborales se hayan fijado de forma verbal, de manera que no existe ningún documento que acredite su existencia en la forma pactada.

Este principio de supremacía de la realidad tiene tanto protagonismo en América Latina que en Europa. En España se encuentra fundado, en cierta medida, en el art. 8.1 del ET<sup>133</sup>, mientras que en Ecuador no existe disposición legal que lo defina taxativamente, por lo que su desarrollo ha sido puramente doctrinario y jurisprudencial, de manera que para entender su alcance vamos a estudiarla tomando como base diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

En Ecuador, la CSJ, a través de las Sentencias de 30 de noviembre de 1981<sup>134</sup>, 25 de agosto de 1981<sup>135</sup> y 19 de julio de 2007<sup>136</sup>, estableció que el contrato realidad es uno de los principios imperantes en materia de derecho del trabajo y que sirven de inspiración al derecho positivo, ya que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a la realidad y a los hechos. De la misma manera, han establecido que la existencia de una relación de trabajo depende de la situación en la que se encuentra una persona trabajadora en la prestación de servicios y no de lo que las partes pudieran pactar, en tanto que

«(...) si un trabajador y un patrono pudieran pactar que sus relaciones deben juzgarse como una relación bilateral del derecho civil, el derecho del trabajo dejaría de ser derecho imperativo, pues su aplicación dependería

---

<sup>134</sup> SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 30 de noviembre de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. p. 3009.

<sup>135</sup> SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 25 de agosto de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 12. p. 2797.

<sup>136</sup> SCSJ s/n; Primera Sala Laboral y Social; 19 de julio de 2007; R. de casación s/n; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. p. 1574.

no de que existieran las hipótesis que le sirven de base, sino de la voluntad de las partes».<sup>137</sup>

En la Sentencia de 15 de agosto de 2001<sup>138</sup>, se resalta la importancia de la realidad en la relación laboral, ya que a consideración de la CSJ la relación de trabajo es una realidad viva, que consiste en el hecho real de la prestación de un trabajo personal subordinado, prestación diaria que reafirma todos los días la independencia de la relación respecto del acto o causa que le dio origen; o expresado en una fórmula más simple: una relación jurídica, expresión de una realidad. Esta condición, a su vez, confirma la primera característica, porque la realidad de la prestación de un trabajo no puede ni destruirse ni aherrojarse por un acuerdo de voluntades lejano, pues la realidad no se niega por una declaración.

Desde nuestro punto de vista este principio es una herramienta muy útil para los administradores de justicia, ya que les permite identificar los elementos esenciales del contrato con el objeto de identificar su naturaleza. Si se confirma la laboralidad de esta y, por tanto, la competencia del orden jurisdiccional social, se podrá entrar a valorar las condiciones de trabajo en la que se desempeña la persona trabajadora, lo que les facilita establecer los derechos adquiridos por parte de los trabajadores y sus alcances.

En lo que respecta a la relación del principio de primacía de la realidad con el enriquecimiento injusto, consideramos que este sí pretende proteger el patrimonio de los trabajadores, ya que, en primer lugar, les permite estar amparados bajo la normativa laboral de ser el caso y, en segundo lugar, clarifica las condiciones de trabajo en las que se desempeña la persona trabajadora. Consideramos que este es un principio que abarca condiciones generales de la relación laboral y, que a la vez, coadyuva a los antes estudiados.

No debemos olvidar que el derecho laboral, al ser una rama del derecho de carácter proteccionista y que tiene un enfoque social elevado, resulta ser idónea para incorporar al enriquecimiento injusto como una conducta prohibida dentro de su ordenamiento.

---

<sup>137</sup> Tomado de la SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 25 de agosto de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 12. p. 2797.

<sup>138</sup> SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 25 de agosto de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p.2536.



Por lo que, una vez que hemos analizado los principios fundamentales de las relaciones laborales, podemos concluir que, aunque el enriquecimiento injusto no esté reconocido de manera taxativa en las legislaciones española y ecuatoriana como un principio propio o autónomo de las relaciones laborales, no implica que no esté presente en cada uno de ellos, ya que la finalidad de estos es equilibrar la relación jurídica, de manera que no exista un desplazamiento patrimonial en contra de la persona trabajadora y a favor del titular de la empresa como consecuencia de suscribir contratos simulados, conseguir la renuncia o el desmedro de los derechos subjetivos de los trabajadores, etc.

Por ello podemos afirmar que el enriquecimiento injusto en materia laboral sí cumple la función de un principio general del derecho y que su relación con los principios esenciales de la relación laboral consignados en las diversas legislaciones es de género-especie sin lugar a dudas.

### **3.3. El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones en materia laboral**

La segunda cuestión que abordaremos en este capítulo será el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones en materia laboral. En la primera parte de este estudio, se llegó a varias conclusiones, que corresponde ahora examinar desde el punto de vista del derecho del trabajo y de la Seguridad social. La primera versa sobre el uso que la doctrina le daba, indistintamente, a las acepciones de injusto y sin causa al referirse al enriquecimiento como fuente autónoma de las obligaciones. Establecimos que la terminología correcta que había que utilizar era la de *enriquecimiento sin causa*, ya que, al estar enmarcados en el derecho positivo, el término *injusto* generaba mucha subjetividad, mientras que *sin causa* nos circunscribía a una relación jurídica carente de vínculo jurídico, fin jurídico o de razón económica de los contratantes.

La segunda, respecto a que el enriquecimiento sin causa, tal como estaba configurado por la doctrina, no podía ser considerada como una fuente autónoma de las obligaciones. Por el contrario, compartíamos la visión de las fuentes clásicas de las obligaciones, en la cual el enriquecimiento sin causa formaba parte de los cuasicontratos, ya que estos eran actos jurídicos lícitos que generan obligaciones derivadas de la ley.

A partir de estas consideraciones, vamos a comenzar el análisis definiendo cuáles son las fuentes de las obligaciones en materia laboral.

### **3.3.1. Fuentes de las obligaciones en el derecho del trabajo**

Las fuentes de las obligaciones en esta rama del ordenamiento jurídico se pueden dividir en fuentes nacionales o internas y fuentes internacionales. En las fuentes internas podemos encontrar la Constitución, las leyes, los reglamentos, los decretos, los convenios colectivos, los contratos de trabajo, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. En las fuentes internacionales ubicamos los convenios y las recomendaciones de la OIT; los tratados o convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, y la jurisprudencia internacional. Para el caso de España, también debemos considerar como otra fuente a las diversas normas que emanan las instituciones de la Unión Europea.

En España las fuentes del derecho laboral las podemos encontrar en el art. 3<sup>139</sup> del ET. En Ecuador, pese a que no exista ninguna disposición específica en el CT, debemos remitirnos a aquellas que se han previsto en el art. 1 del CC Ecuador, por ser de carácter supletorio, en el que únicamente se menciona a la ley como fuente del derecho, omitiendo las demás que señalamos anteriormente.

En este punto, consideramos que el art. 1 del CC Ecuador recoge de forma incompleta las fuentes del derecho, por lo que en este trabajo utilizaremos aquellas que señalamos al iniciar este epígrafe. Al hablar de una relación laboral, sí es posible que la fuente del derecho sea la ley; sin embargo esta no es la única, ya que, como se mencionó en epígrafes anteriores, el contrato de trabajo, sea individual o colectivo, es una de las principales fuentes del derecho en esta materia.

Por ello, no debemos olvidar que, al hablar de una relación laboral, la ley nos brinda un marco regulador amplio, en el que se fijan ciertas condiciones y modalidades para el desempeño del trabajo. En el contrato de trabajo es donde se regulan las condiciones puntuales de la relación laboral y, sobre todo, se plasma la voluntad de los participantes, el cual tendrá plena validez en el mundo jurídico siempre que sus disposiciones estén en observancia con la ley y la constitución. No obstante, dentro de este instrumento existen ciertos elementos propios que vale la pena analizar. Por ello

---

<sup>139</sup> El art. 3 del ET prevé como fuentes de la relación laboral a la ley y los reglamento aprobados por el Estado, los convenios colectivos y la voluntad de las partes, que debe ser lícita; y los usos y costumbres locales y profesionales.

hemos considerado importante dedicar un epígrafe a su estudio. En este mismo sentido, el estudio del contrato de trabajo como fuente de obligaciones laborales es el punto de partida para analizar en qué casos es posible que se configure un enriquecimiento injusto y el tipo de obligaciones que se derivan de este.

### **3.3.1.1. El contrato de trabajo como fuente de obligaciones laborales.**

La RAE define *contrato* como ‘pacto o convenio, oral o escrito entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas’ y como ‘documento que recoge las condiciones de este convenio’.

Por su parte, el CC español, en el art. 1254, establece que «(...) el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». El art. 1454 del CC Ecuador manifiesta que «(...) es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».

En ambas legislaciones la regulación contractual en materia civil es prácticamente igual, lo que facilita el estudio en este sentido, ya que el derecho civil es una rama de aplicación supletoria en materia contractual para la laboral. Una vez que hemos aclarado este hecho, debemos empezar el análisis del contrato de trabajo.

En materia laboral, podríamos definir *contrato de trabajo* como acuerdo por el que una persona denominada persona trabajadora se compromete a prestar determinados servicios bajo la dirección de otra denominada empleadora, bajo su dependencia, recibiendo a cambio una retribución periódica.

La característica principal de un contrato de trabajo es que es consensual, ya que únicamente se necesita de la voluntad de las partes para perfeccionarlo, de ahí que existan otras como que es bilateral, oneroso, típico, conmutativo, principal, etc. Al igual que en el resto de las ramas del derecho, los contratos de trabajo, para que sean válidos, necesitan cumplir con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, por lo que la omisión de cualquiera de estos elementos acarrearía la nulidad.

El requisito de la causa en los contratos de trabajo ya se estudió en la primera parte de esta tesis, donde se llegó a la conclusión de que esta debe ser analizada tanto desde el punto de vista de la persona trabajadora como del titular de la empresa. En el caso

de la persona trabajadora la causa del contrato recae en la obtención de una remuneración correspondiente al servicio que realiza, mientras que en el caso del titular de la empresa implica la obtención de beneficios económicos como consecuencia de la actividad realizada por la persona trabajadora.

Los elementos esenciales del contrato de trabajo para la legislación ecuatoriana están consignados en el art. 8 del CT, que establece la prestación de servicios lícitos y personales, la remuneración y la dependencia como los indispensables para que nazca una relación laboral. En este mismo sentido, el art. 1 del ET define al contrato de trabajo como la prestación de un servicio «(...) retribuido por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario».

En este punto debemos señalar que la legislación española y ecuatoriana concuerdan en la mayoría de los elementos esenciales. En España, eso sí, vemos la subordinación y la ajenidad como dos elementos separados, mientras que en Ecuador estos se encuentran unificados en la dependencia. Únicamente para tener la claridad necesaria respecto a cada uno de ellos, vamos a señalar, brevemente, en qué consisten, tomando las opiniones de la doctrina (por todos, Martín Valverde [2008, pp. 217-222] y Ojeda Avilés [2007, pp. 13-24]), que analizan estos cinco elementos de la siguiente manera:

- i. El trabajo personal es aquel prestado por una persona física que no puede ser sustituible, debido a que cuenta con la experiencia, los conocimientos y las aptitudes necesarias y que son determinantes para el desempeño de las actividades, manuales o intelectuales, así como para optar por su contratación frente a otros.
- ii. La voluntariedad en el compromiso de trabajar implica una declaración de la voluntad libre de vicios en la cual la persona trabajadora se obliga a prestar sus servicios, la que se convierte en la obligación más importante que la persona trabajadora deberá realizar en la relación contractual.
- iii. El salario, como se explicó al definir el derecho al trabajo en la CRE, es la retribución económica que recibe la persona trabajadora a cambio de haber realizado el trabajo encomendado, es decir, constituye la contraprestación respecto de la cual la persona trabajadora es el acreedor y el titular de la empresa, el deudor.

- iv. La subordinación o dependencia implica que la persona trabajadora se encuentra bajo el poder de dirección de la persona titular de la empresa que debería regularse en función del lugar y clase de trabajo que realiza la persona empleada, que se evidencia, entre otros, en la asistencia a un determinado centro de trabajo o el sometimiento a un horario.
- v. La ajenidad en los riesgos, en los frutos y en el mercado. Los riesgos, en la medida de que el titular de la empresa es el único que asume la inseguridad de éxito o fracaso del negocio; en los frutos o rendimiento en la medida de que son atribuidos inicial y directamente a una persona distinta de la que ejecuta el trabajo; y en el mercado, ya que el producto no se vende directamente por parte de este, sino que la empresa lo pone a disposición del consumidor final o de un tercero.

Desde nuestro punto de vista, para que nazca la relación laboral, no existe la menor duda de que se deben cumplir estos requisitos, por lo que, al hablar de relación laboral, necesariamente nos estamos refiriendo a un contrato de trabajo, ya sea perfecto (cuando los elementos esenciales y de validez están plenamente configurados) o imperfecto (viciado de nulidad). Por ello, consideramos que el enriquecimiento sin causa laboral debe necesariamente estar relacionado con una fuente de las obligaciones contractual o cuasi contractual. En la primera parte del trabajo se fijó nuestra postura respecto a que el enriquecimiento injusto no es una fuente autónoma de obligaciones.

La primera idea que nos viene a la mente cuando hablamos de enriquecimiento injusto en materia laboral consiste en la relación que existe entre el trabajo y la remuneración, de manera que creemos que este supuesto se configura cuando la contraprestación que recibe la persona trabajadora es justa o injusta. Sin embargo, el análisis que se debe realizar es mucho más profundo. En él no se puede utilizar la acepción de justicia por la subjetividad que lleva aparejada. Esto, unido a lo que ya señalamos al analizar la definición de derecho al trabajo en la CRE, respecto a que las remuneraciones y las retribuciones justas son un punto controvertido que no encuentra solución, debido a las posturas antagónicas de los participantes de la relación laboral. Por ello, el análisis se debe realizar a partir de elementos objetivos, es decir, desde la perspectiva de la acepción sin causa, ya que esta nos enmarca en el ámbito jurídico y excluye cualquier tipo de subjetividad.

### **3.3.1.1.1. Relación entre la remuneración y el enriquecimiento injusto**

La relación laboral es un acto jurídico que genera varias obligaciones, las más importantes de las cuales son la realización del trabajo por parte de la persona trabajadora y el pago de la remuneración por parte del titular de la empresa. Ambos comparten pues las calidades de acreedores y deudores de estas prestaciones: la persona titular de la empresa es acreedor de la prestación del servicio y, a la vez, deudora de la remuneración; que la persona trabajadora es acreedora de la remuneración y deudora de la prestación del servicio. El resultado del cumplimiento de estas prestaciones consiste en un desplazamiento patrimonial de cada una de las partes.

Resulta bastante sencillo inferir que existe una relación entre enriquecimiento injusto y remuneración, en la medida en que, si este desplazamiento patrimonial se produce sin que exista una causa jurídica que lo avale, podríamos estar frente a un supuesto de enriquecimiento injusto, lo que será materia de estudio en los siguientes epígrafes.

Al hablar de una remuneración justa o injusta, como se mencionó anteriormente, nos encontramos frente a un concepto jurídico indeterminado. Consideramos que, así como hay principios generales del derecho que buscan generar una relación jurídica equitativa y justa entre las partes, también existen principios de protección de las remuneraciones destinados a garantizar todas las aristas de este derecho, es decir, para dotarle de un cierto grado de justicia, como son el principio de suficiencia, el principio de protección contra discriminaciones remunerativas, el principio de inembargabilidad y el principio de crédito preferente.

En primer lugar, encontramos al principio de suficiencia de las remuneraciones, el cual está en concordancia con el principio de condiciones mínimas previsto para las relaciones laborales en general. Consiste en la obligación que tiene el Estado de fijar una remuneración mínima a través de la cual se puedan satisfacer las necesidades básicas de la persona trabajadora y de su familia.

Este principio encuentra fundamento en varios instrumentos internacionales que fueron señalados anteriormente. Para esta cuestión únicamente tomaremos el art. 7 inciso a) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>140</sup>, que establece que los Estados miembros deben garantizar una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias, y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Esta disposición nos permite advertir que el objetivo último de este principio consiste en que los trabajadores y sus familias sean capaces de subsistir a través de los ingresos que perciben por su único trabajo, es decir, que el Estado al fijar el valor de salario mínimo tenga en cuenta la dignidad del ser humano, así como la equidad y la igualdad de este valor respecto al trabajo realizado. Este es un objetivo posible de conseguir en un escenario ideal. Desde nuestro punto de vista, es muy loable fijar mínimos a los sueldos, pero en muchos casos estos se convierten en máximos, de manera que los trabajadores están impedidos de ganar más, salvo que decidieran conseguir otro trabajo. Por ello creemos que debemos salir de ese escenario ideal y buscar que este objetivo se cumpla a través de políticas públicas encaminadas a evitar que el trabajo se convierta en una mercancía, o que las personas trabajen por sueldos que no garanticen la obtención de una vida digna.

En segundo lugar, encontramos el principio de protección contra discriminaciones remunerativas o también llamado principio de equidad o «de igual trabajo igual remuneración», que consiste en que hombres, mujeres y todo tipo de colectivos deben percibir la misma remuneración por un trabajo que puede ser diferente, pero que tiene mismo valor.

Este principio surgió como consecuencia de la discriminación salarial que existía entre hombres y mujeres. A lo largo del tiempo se ha ido extendiendo para otros supuestos, como para el caso de nacionales y extranjeros o cualquier tipo de discriminación que se dé por razón de etnia, religión, creencia, entre otros, ya que el ámbito de protección de este principio es el de garantizar la igualdad salarial<sup>141</sup>.

El problema de la discriminación salarial se evidenció de forma muy clara en la brecha salarial existente entre hombres y mujeres, que está considerada por la OIT en el informe mundial sobre salarios 2018/19<sup>142</sup>, como una de las mayores injusticias

---

<sup>140</sup> Adoptado en el San Salvador el 17 de noviembre de 1988 y ratificado por Ecuador el 2 de octubre de 1993.

<sup>141</sup> Un estudio muy completo sobre el cumplimiento de los Convenios de la OIT en materia de igualdad salarial, puede encontrarse en Burriel Rodríguez-Diosdado y García Viña, 2014, pp. 110-126)

<sup>142</sup> El informe completo se puede consultar en el siguiente enlace:

sociales en la actualidad. En este documento se realizó una medición de la brecha salarial de género a partir de encuestas hechas en 64 países que consolidan el 75% de los trabajadores asalariados del mundo. Se concluyó que:

«(...) los niveles más bajos de desigualdad salarial se encuentran en el grupo de países de ingreso alto, mientras que los niveles más altos de desigualdad salarial se registran en el grupo de países de ingreso bajo y mediano. Entre los países de ingreso alto, la desigualdad salarial más baja la registra Suecia y la más alta, Chile. Entre los países de ingreso bajo y mediano, Sudáfrica y Namibia cuentan con la desigualdad más alta, mientras que Armenia y Mongolia registran la desigualdad más baja».

En este mismo estudio se estableció que la brecha salarial de género media<sup>143</sup> se encuentra en el mundo en un 16%, mientras que la brecha salarial mediana<sup>144</sup> estaba en un 22%. En lo que respecta a los factores que genera esta brecha salarial se encuentra un patrón interesante, ya que, a medida que los salarios por hora aumentan, la proporción de mujeres que lo recibe disminuye notablemente, lo que ha sido estudiado, entre otros, por la OIT, a través de factores explicados como la educación y otros atributos del mercado que apenas representan el 1% de la brecha salarial. La parte no explicada que predomina en casi todos los países y que no tiene una respuesta absoluta queda justificada en los siguientes argumentos:

- i. Si bien las mujeres tienen una formación educativa superior a los hombres, al hablar de puesto de trabajo su salario es menor.
- ii. El salario entre hombres y mujeres que tienen un nivel de educación similar suele ser inferior para las mujeres, por una infravaloración del trabajo en empresas donde existe mayor número de mujeres o donde el puesto de trabajo ha sido pensado para que lo ocupen solo mujeres.
- iii. La maternidad también es un factor importante en la brecha salarial. Implica una diferencia remunerativa entre aquellas mujeres que son madres y las que no lo son, ya que aquellas que renuncian a la maternidad, pueden tener mejores puestos de trabajo y una mayor remuneración, respecto a aquellas que no lo son.

---

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_712957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_712957.pdf).

<sup>143</sup> La brecha salarial media se obtuvo de utilizar los salarios promedio por hora tomando en consideración los datos de 73 países que consolidan el 80% de trabajadores del mundo.

<sup>144</sup> La brecha salarial mediana se obtuvo de la comparación entre el valor central de la distribución salarial de las mujeres con el valor central de la distribución salarial de los hombres.



El Foro Económico Mundial, en el informe anual de brecha global de género de 2020<sup>145</sup>, ha estudiado las condiciones educativas, profesionales, políticas y sanitarias de 153 países. Ha llegado a resultados muy alentadores, ya que existen diversos países como Islandia, Noruega, Finlandia, Suecia, Nicaragua, Nueva Zelanda, entre otros, en los que están próximos a un cierre de la brecha salarial. De lo sostenido en el informe se puede ver que todavía la brecha salarial se mantiene en un promedio de 31,4% en el mundo. Esta organización manifiesta que existe una disminución respecto al año pasado, la cual está atribuida a que varios países avanzan hacia la paridad de género, aunque a ritmo lento.

Por su parte, el Banco Mundial en el informe sobre mujer, empresa y el derecho de 2020<sup>146</sup>, establece que los indicadores de parentalidad (*sic.*) y remuneración tienen las brechas más grandes por cerrar, ya que, según los datos recogidos, la brecha salarial es de 33,9%, lo cual se asemeja a lo señalado por el Foro Económico Mundial. Evidencia que las reformas y las políticas públicas que empoderan a la mujer son las que impulsan el crecimiento económico. De los datos obtenidos, la inserción de las mujeres en el mercado laboral ha permitido cerrar la brecha entre géneros.

Los resultados antes expuestos nos permiten establecer que, en materia de brecha salarial, todavía existe un largo camino que recorrer. La clave para eliminar esa brecha está en el reconocimiento efectivo de los derechos de la mujer, así como del resto de colectivos que son víctimas de estas conductas.

En tercer lugar, encontramos el principio de inembargabilidad de las remuneraciones, que fue creado con el objeto de evitar que los acreedores puedan asegurar el pago de una deuda, ya que su salario es, por regla general, su única fuente de subsistencia.

Este principio está previsto tanto en España como en Ecuador, con algunos matices que lo diferencian. En Ecuador la inembargabilidad de la remuneración es un principio que está reconocido en el art. 328<sup>147</sup> de la CRE, en el que, por regla general, el salario es inembargable, sea cual sea su cuantía, a menos que sea para el pago de pensiones alimenticias, por lo que existe una prohibición de embargar el salario para asegurar el pago de una obligación.

---

<sup>145</sup> Este documento en su idioma original se lo puede consultar en el siguiente enlace:  
[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf)

<sup>146</sup> Este documento se lo puede consultar en el siguiente enlace:  
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32639/211532SP.pdf>

<sup>147</sup> El art. 328 de la CRE también considera que para que una remuneración sea considerada justa, debe cubrir al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia.

En España el principio de inembargabilidad del salario no es tan tajante como en el Ecuador, tiene ciertos matices que vale la pena explicar. Este principio se encuentra regulado en el art. 27.2 del ET y desarrollado en el 607.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en los que se establece que únicamente el salario mínimo interprofesional es inembargable —salvo por pago de alimentos—. El salario que supere esta cantidad sí puede ser embargado de conformidad con las reglas previstas en el art. 607.2<sup>148</sup> de la LEC, respecto a lo que no haremos mayor referencia, por no ser una cuestión que incida de manera directa con el desarrollo de esta tesis.

En este sentido, lo que nos interesa de este principio son sus fundamentos, en la medida en que la inembargabilidad del salario responde al hecho de que la remuneración es su medio fundamental para subsistir, por lo que la ley les otorga una protección especial frente a las posibles deudas de la persona trabajadora y las acciones de los acreedores para su cobro.

En cuarto lugar, nos encontramos con el principio de crédito preferente, que está relacionado con la prelación de créditos prevista en el derecho civil para cubrir las obligaciones cuando concurren varios créditos frente a un patrimonio en liquidación, el que sirve para determinar el orden en que éstos han de ser satisfechos por el deudor.

Las legislaciones civiles tanto de España como de Ecuador han ido estableciendo el orden de ellos, de manera que existan prioridad de unos créditos sobre otros.

En el caso de España, el crédito preferente, en relación con las remuneraciones, tiene varias escalas de protección.

La primera de ellas está contemplada en el art. 32.1 del ET, en el que se establece que los salarios de los últimos treinta días de trabajo, que no superen el doble del salario mínimo interprofesional, serán preferentes a cualquier otro, aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. En este supuesto es donde realmente

---

<sup>148</sup>Las reglas del art. 607.2 de la LEC fijan parámetros en escala, a fin de determinar el porcentaje que se puede embargar en función del valor que se perciba como salario. Ahora bien, los salarios son susceptibles de ser embargado siempre que sea mayores al salario mínimo interprofesional. El art. señalado establece que a mayor salario, mayor porcentaje se puede embargar, por lo que ha previsto que: "(...)1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. 3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. 4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100."

se ve una preferencia de créditos, ya que el titular de la empresa está obligado a satisfacer esta obligación antes que cualquier otra.

La segunda de ellas está regulada en el art. 32.2 del ET, que establece que los créditos salariales, en general, gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión de la empleadora. Este enunciado establece que los salarios que no sean de los últimos 30 días pueden ser satisfechos con la mercancía del titular de la empresa, de manera que, si sobre ella reposa algún gravamen, queda automáticamente levantado con el objeto de pagar la deuda a los trabajadores.

La tercera de ellas se encuentra en el art. 32.3 del ET, que le otorga la categoría de créditos singularmente privilegiados a aquellos salarios que no estén regulados en los supuestos anteriores, cuyo monto sea el triple del salario mínimo interprofesional, así como las indemnizaciones por despido que no superen el triple de este salario mínimo.

En el caso de Ecuador, la prelación de créditos está dividida en categorías o clases, de tal manera que en el art. 328 inciso 4 de la CRE, así como en el art. 2374 número 5 del CC Ecuador, se han considerado las remuneraciones de los trabajadores como crédito privilegiado de primera clase, con preferencia incluso sobre los hipotecarios.

Desde nuestro punto de vista, con respecto a este principio la legislación ecuatoriana es más protectora de los trabajadores, ya que no realiza ningún tipo de diferencia entre el tipo de salario o la cuantía para determinar su grado de prelación, mientras que en España sí existen estos criterios.

Una vez que hemos analizado los principios que rigen la remuneración, podemos concluir que estos tienen por objeto asegurar que el salario mínimo cuente con ciertos tintes de justicia, ya que no se puede dejar al mero arbitrio de las partes, sin que exista ningún tipo de categoría mínima fijada por el Estado, respecto al valor que le corresponde a la persona trabajadora por el desempeño de sus actividades. Estas consideraciones tienen fundamento en que la contraprestación del trabajo que realiza una persona se convierte en fuente de subsistencia personal y familiar, por lo que es indispensable proteger la cantidad mínima que debe percibir para satisfacer sus necesidades básicas, así como la equidad de género, la inembargabilidad y su prelación respecto a las demás deudas.

El haber abordado estos principios nos lleva a plantearnos las siguientes interrogantes: ¿se puede hablar de enriquecimiento injusto si la persona trabajadora percibe una remuneración que, pese a ser superior al mínimo, no sea proporcional a la ganancia del titular de la empresa con la venta de los productos o servicios que fabrica o presta?; si esa remuneración no es proporcional, ¿da cabida a que la persona trabajadora pueda solicitar una compensación para equilibrarlo?

Estas preguntas pueden ser respondidas desde dos perspectivas: considerando el enriquecimiento desde un punto de vista filosófico, a través del uso del término *injusto*; y tomando el enriquecimiento desde un punto de vista jurídico con el uso del término *sin causa*.

Si partimos de la primera perspectiva, debemos tener claro que estamos frente al uso de la acepción de justicia como fundamento de la figura del enriquecimiento, en la que tiene relevancia el valor de justicia y de equidad, es decir, el ideal de realizar lo que se debe hacer según derecho o razón, el cual le dota de un carácter de subjetividad muy elevado, debido a que la concepción de justicia varía en función de cada persona. Debemos tener claros varios conceptos, que, pese a que fueron analizados anteriormente, nos son de suma utilidad para responder estas interrogantes.

En primer lugar, el enriquecimiento injusto protege el patrimonio como atributo de la personalidad.

En segundo lugar, al fundamento desarrollado por la Corte IDH relativo a que la explotación del hombre por el hombre es una manera de transgredir el patrimonio en el que están enmarcadas conductas de servidumbre o esclavitud, entre otros. No hay que olvidar que este concepto nace desde una concepción marxista, en la que se concebía al socialismo como el medio de producción capaz de eliminar las desigualdades sociales.

En tercer lugar, nos referimos al hecho de que la remuneración es la contraprestación esencial del trabajo, la que ingresa directamente en el patrimonio de la persona trabajadora como medio de pago por su actividad. Este ingreso debe ser igual o superior al mínimo fijado por la ley. Su cuantificación también depende de las partes o

del mercado. Así mismo, hay que tener en cuenta que, en la relación laboral, el trabajo no es una mercancía<sup>149</sup>, en teoría no se puede negociar y lucrar a su costa.

Si se tienen en cuenta estos elementos, debemos enfocarnos en que la relación entre enriquecimiento injusto y salario, desde la perspectiva de la justicia, está plagada de un alto contenido subjetivo y una gran carga ideológica. A primera vista, se puede deducir que el enriquecimiento injusto fue una figura adaptada a la legislación para evitar que se diera una explotación laboral, sin que esté muy claro el alcance de tal explotación. En un primer momento, la problemática se podría enfocar solamente en una de las obligaciones esenciales de la relación laboral, que es el pago de la remuneración, ya que, como bien se dijo, esta puede ser fijada por acuerdo de las partes o por una propia regulación de mercado. El punto de enfoque vendría a ser si aquella remuneración es justa o injusta, o si existe un enriquecimiento del titular de la empresa a costa de la persona trabajadora.

En este sentido nos encontramos frente al supuesto en que las personas trabajadoras reciben una cantidad determinada por la creación de bienes o servicios, y la empleadora por comercializar estos mismos bienes genera una ganancia superior a la que recibieron los trabajadores. Se podría pensar que estamos ante un caso de enriquecimiento injusto por parte del titular de la empresa y a costa de los trabajadores, ya que el nivel de ganancia entre ellos no es proporcional.

Desde nuestro punto de vista, este no es un supuesto de enriquecimiento injusto, ya que todo el análisis ha tenido un sustento subjetivo, porque se parte de la acepción de justicia y de la corriente marxista de la explotación del hombre por el hombre, lo cual no concuerda con la realidad actual, puesto que se eliminaría el principio de enriquecimiento injusto del ámbito jurídico y se le llevaría al ámbito político. También se generaría un altísimo grado de inseguridad jurídica si se permitiera promover una acción de enriquecimiento injusto con el objeto de restituir ese nivel de ganancia.

---

<sup>149</sup> El trabajo no es una mercancía, Este es uno de los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización Internacional del Trabajo. Además recoge otros como son la libertad de expresión y de asociación; la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando 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. Lo expuesto forma parte de Declaración de Filadelfia, promulgada en 1944 en la cual se fijaron los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

Por ello, consideramos que reducir el análisis a esos criterios es quitarle el sustento jurídico y que, por el contrario, se convierte en un enunciado constitucional carente de fundamentación y aplicación jurídica, ya que su función es únicamente justificar el tinte político del Estado que la adopta, lo cual desnaturaliza por completo su existencia y razón de ser.

Por ello resulta indispensable tomar los conceptos antes estudiados y realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, como realizamos a continuación.

La relación laboral siempre debe estar enmarcada dentro de una relación contractual perfecta o imperfecta (viciada de nulidad), ya que no se concibe el hecho de que una persona pueda prestar sus servicios a otra a cambio de un pago, con cierto grado de permanencia, sin que exista un acuerdo de voluntades que pueda desencadenar en un contrato.

Una vez que se haya fijado el valor que por remuneración ha de percibir la persona trabajadora, para hablar de que se configuró un enriquecimiento injusto, esta remuneración debe ser necesariamente inferior al salario mínimo fijado por el Estado; en caso contrario no se podría configurar el supuesto. Los salarios mínimos establecidos por los Estados, como se estudió anteriormente, son establecidos en función de varios factores, pero, sobre todo, pensando en garantizar la subsistencia de la persona trabajadora y de su familia teniendo en consideración que ese trabajo es su única fuente de ingresos. Se debe contar con que nos encontramos dentro de un modelo capitalista, donde existe un predominio del mercado.

En este punto nos podemos preguntar si los salarios mínimos efectivamente garantizan esta subsistencia. Opinamos que los salarios mínimos no logran satisfacer todas las necesidades básicas de los trabajadores, debemos partir de la idea de que efectivamente lo hacen. La forma de calcularlo por parte del Estado responde a una serie de factores económicos y sociales. Una vez que es fijado, se convierte en una obligación para los titulares de las empresas que busca dotar de seguridad jurídica a la relación laboral. Si una remuneración es igual o sobrepasa el salario mínimo, no se podría hablar de un enriquecimiento injusto por parte de la persona titular de la empresa, ya que se parte del supuesto de que este valor es suficiente para satisfacer la actividad (fuerza e intelecto) que realiza la persona trabajadora.

El hecho de que exista un salario mínimo fijado por el Estado impide en España y Ecuador que los trabajadores pretendan alegar un enriquecimiento injusto por

cualquier diferencia respecto a las ganancias que obtenga el titular de la empresa. Esto no implica que este supuesto se presente si el titular de la empresa está pagando por remuneración valores inferiores al salario mínimo fijado por la ley.

Se puede concluir que, siempre que en una legislación existan normas que garanticen la presencia de unas condiciones mínimas en las relaciones laborales y se produzca el cumplimiento de estas por parte de los empleadores, se excluye la posibilidad de que exista un enriquecimiento injusto laboral, ya que estas pretenden dotar a la relación laboral de seguridad jurídica.

El alcance de esta seguridad jurídica se puede entender si analizamos este mismo supuesto desde el punto de vista de la persona titular de la empresa. La persona titular de la empresa o empresa misma tiene como actividad, en términos generales, la comercialización de bienes y servicios producidos por sus trabajadores, a quienes está obligado a pagar una remuneración mínima o superior a esta. De este modo, si efectivamente cumple con esta obligación, estaría liberado de cualquier otra. Ahora bien, si consideramos que el enriquecimiento injusto aparece aún cuando la persona titular de la empresa haya cumplido con la obligación fijada por la ley y solo por haber obtenido un nivel de ganancias proporcionalmente superior al de la persona trabajadora, y por ello está obligada a restituir o entregar una parte de ella a la persona trabajadora, implicaría necesariamente una violación de la seguridad jurídica, ya que esta obligación de restitución no atiende a ninguna fuente, en tanto que el pago de la remuneración extinguió y liberó de mayor responsabilidad a la empleadora.

En su virtud, se puede llegar a una primera conclusión, encaminada a que el enriquecimiento injusto no puede ser una fuente de obligaciones autónoma en el derecho laboral, ya que esta se contrapone de forma directa con la existencia de normas mínimas y a la vez se contrapone con la garantía de seguridad jurídica para los titulares de las empresas. También podemos advertir que el enriquecimiento injusto puede aparecer cuando estos no satisfagan las condiciones mínimas.

Por ejemplo, si ocurre un desplazamiento patrimonial en perjuicio de la persona trabajadora como consecuencia de un incumplimiento normativo por parte del titular de la empresa, y este se mantiene, es evidente que se genera una nueva obligación, que consiste en la posible restitución del valor obtenido, siempre y cuando no se dé un cumplimiento posterior a la disposición inobservada. Es decir, que, si hablamos de que estas obligaciones de restitución nacieron de la configuración del enriquecimiento

injusto debido a la inobservancia de una norma, jamás se podría considerar como que esta provino de una fuente autónoma de obligaciones, sino que, por el contrario, la fuente de esa obligación viene dada por la ley o por el contrato de trabajo.

Por otra parte, podemos llegar a una segunda conclusión respecto a que, desde el punto de vista subjetivo, el enriquecimiento injusto tiene una relación directa con la remuneración, en tanto que esta figura pretende proteger el desequilibrio patrimonial entre la persona trabajadora y el titular de la empresa, que, desde el punto de vista ideológico marxista y de una conducta del *deber ser*, puede tener una justificación perfecta. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el enriquecimiento injusto no se genera siempre que se cumple con el pago de una remuneración mínima o superior. En el caso de que se incumpliera con esta disposición, la obligación que nace no tiene como fuente autónoma esta figura, sino que viene de la ley o del contrato de trabajo.

Hemos venido sosteniendo que existen contratos de trabajo perfectos, imperfectos y viciados de nulidad, en los que es posible que se configure un enriquecimiento injusto. Al hablar de contratos de trabajo perfectos, el único supuesto en que el enriquecimiento injusto se puede llegar a presentar es cuando se incumplen obligaciones establecidas en él. Al hablar de incumplimiento de obligaciones, la consecuencia lógica es que estas sigan subsistiendo y que el único mecanismo para que se extingan es cumplirlo.

Al hablar de contratos de trabajo imperfectos o viciados de nulidad, la situación difiere, ya que en estos no existe un vínculo jurídico perfecto que sirva de fuente para el nacimiento de obligaciones específicas. Por ello conviene estudiar cada uno de los posibles casos, para establecer qué papel juega el enriquecimiento injusto en estos supuestos.

### **3.3.2. ¿El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones laborales es de tipo cuasicontractual o extracontractual?**

En la primera parte de este trabajo establecimos que el enriquecimiento injusto podría considerarse como una fuente de obligaciones, que tiene una relación más próxima con los cuasicontratos o como un cuasicontrato imperfecto. En este mismo sentido, hemos sostenido que es un cuasicontrato imperfecto, debido a que, si bien comparte las características de licitud y voluntariedad propio de un cuasicontrato, a la vez



incorpora la obligación de restitución del patrimonio que se desplazó como consecuencia de un hecho ilícito, o un acto culposo producido dentro de este.

Si trasladamos esta primera e importante consideración al ámbito laboral, implica, sin lugar a duda, que existe la posibilidad de que se exprese la voluntad de las partes de querer prestar un servicio a cambio de un pago, sin que exista un contrato perfecto que los ampare. Como se expresó anteriormente, no se concibe la posibilidad de que exista la prestación de un servicio a cambio de una remuneración con cierta permanencia que no conlleve un acuerdo de voluntades, aunque pueden existir casos en los que ese acuerdo de voluntades tenga vicios que puedan ocasionar su inexistencia o nulidad, de manera que estén impedidos de surtir efectos en el mundo jurídico, pero que a la vez hayan generado la obligación de restituir el patrimonio desplazado.

### **3.3.2.1. Enriquecimiento injusto cuasicontractual por la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos**

En el segundo capítulo, cuando estudiamos la teoría de la ineficiencia de los actos jurídicos, establecimos que los actos jurídicos que no cuentan con cualquiera de los requisitos de existencia y validez requeridos por la ley para que surtan efectos jurídicos son susceptibles de ser sancionados por inexistentes o nulos.

Por ello, en el presente epígrafe nos vamos a centrar en analizar los supuestos en los que los contratos de trabajo son inexistentes o nulos por no cumplir con los requisitos establecidos para su nacimiento y las consecuencias jurídicas que producen. Esto nos permitirá establecer si, pese a haber sufrido esta sanción, todavía están en capacidad de generar obligaciones para las partes y de qué tipo son y si el enriquecimiento injusto tendría alguna cabida.

#### **3.3.2.1.1. Nulidad del contrato de trabajo**

La nulidad en el derecho laboral es uno de las cuestiones más difíciles de abordar, ya que es una sanción que puede operar *ipso iure* o a petición de parte, y que genera como consecuencia la desaparición del vínculo jurídico que une a las partes, así como la retroacción de los efectos hasta antes de su celebración. En este sentido, resulta correcto considerarla como una causa de terminación de la relación laboral. Sin embargo, no se tiene claridad respecto a si esta declaratoria genera obligaciones posteriores para las partes, así como cuál es el mecanismo para cumplirlas o si es una

forma de extinguir las que ya habían nacido. Nos parece importante abordar ciertos aspectos de la nulidad que generan conflicto en el derecho laboral para posteriormente estudiar su regulación en las legislaciones en estudio.

Al estudiar la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, hicimos referencia a que existen dos tipos de sanciones, la inexistencia y la nulidad —que está a su vez compuesta de nulidad absoluta y relativa—. De lo que hemos podido analizar, las legislaciones laborales ecuatoriana y española no prevén ningún caso en el que se pueda configurar un contrato laboral inexistente. En la práctica hemos encontrado un solo supuesto en que se presente esta situación, que será explicado en profundidad más adelante, ya que la construcción normativa únicamente está encaminada a regular los supuestos de nulidad absoluta y relativa de los contratos de trabajo.

En términos generales, la nulidad absoluta de los contratos de trabajo se produce cuando sea ilícito, contrario a la moral o a las buenas costumbres o al orden público; ahora bien, el hecho de que la nulidad sea una institución que proteja el orden público y a su vez el derecho al trabajo sea una rama que proteja el interés social nos lleva a enunciar la siguiente interrogante: ¿sería posible que existiera una colisión entre el orden público y el orden social que sirva de fundamento para ambas figuras?

Nos parece que para responder a esta inquietud valdría retomar lo explicado en el segundo capítulo, respecto a que el orden público, según Del Buen (2009, p. 557), se refiere a que la materia de que se trata está fuera del comercio jurídico entre los particulares. Además, cataloga el orden público como un estándar jurídico, al igual que la buena fe o el comportamiento de «un buen padre de familia» que sirve para limitar la autonomía de la voluntad, ya que estas no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes.

Del propio concepto de orden público se puede inferir que no existe ningún tipo de colisión, ya que las normas creadas por el Estado para regular las relaciones laborales cuentan con la característica de ser imperativas y de obligatorio cumplimiento. Su finalidad es la de proteger el interés social, es decir, el orden público es el mecanismo a través del cual se garantiza el interés social.

Por ello, resulta indispensable tener claros los conceptos que se utilizan al hablar de las nulidades en el contrato de trabajo, ya que consideramos que el fundamento de que existan en el derecho laboral es evitar que, a través de acuerdos de las partes, se violenten disposiciones legales creadas para tutelar los derechos de los trabajadores.

En el caso de la nulidad relativa, sí creemos que se genera un problema jurídico en el derecho laboral, ya que podría existir una colisión entre el interés particular y el interés social, como se explica a continuación.

La nulidad relativa es una sanción que pueden hacer valer únicamente las partes interesadas, es decir, tanto el titular de la empresa como la persona trabajadora. Por la propia configuración de la relación laboral, en la que el Estado es un tercer participante de esta, que este haya hecho suyo el interés de los trabajadores y lo haya convertido en interés social podría generar como consecuencia que todos los casos en que se produzca una nulidad relativa se conviertan en una nulidad absoluta, lo cual queda resuelto de manera sencilla, en la medida en la que el Código Civil es de aplicación supletoria.

Esta solución parece ser la más rápida, pero desde nuestro punto de vista no es la más adecuada, ya que para el derecho civil todos los actos que contravienen normas prohibitivas son nulos, lo que en el derecho laboral no ocurre, debido a que existen muchas normas prohibitivas que no generan como consecuencia la nulidad de los contratos.

Para poder ejemplificar la afirmación realizada, es necesario que nos centremos en el estudio de las diversas disposiciones que tanto la legislación ecuatoriana como la española han previsto para la nulidad de los contratos. Hasta ahora en esta tesis nos hemos centrado en el análisis de la relación laboral individual, sin embargo para este epígrafe realizaremos algunas consideraciones específicas respecto a la relación laboral colectiva.

En Ecuador, la nulidad de los contratos individuales de trabajo se ha regulado por medio de una regla general y una excepción. La regla general está prevista en el art. 40 del CT, y consiste en que la única persona facultada para demandar la nulidad del contrato es la persona trabajadora, ya que se parte del supuesto de que el titular de la empresa es la parte fuerte de la relación laboral, quien, aprovechándose de esta ventaja ha fijado las condiciones en las que se ha de desempeñar la actividad, así como las cláusulas que han de constar en el instrumento que la contenga. La excepción a esta regla se da en los contratos individuales de trabajo celebrados por los artesanos, ya que, de conformidad con los arts. 301 y 294 del CT, esta facultad podrá ser ejercida por cualquiera de las partes.

Respecto a los supuestos específicos que la ley ha considerado que acarrearán la nulidad del contrato de trabajo, únicamente podemos encontrar la inobservancia de celebrar el contrato de trabajo por escrito. Deja abierta la posibilidad de que existan otros, pero no los enumera, lo que nos lleva a utilizar el CC Ecuador como norma supletoria, tal como está previsto en el art. 6 del CT.

En cuanto a los efectos de su declaratoria el CT, realiza una distinción con respecto a que la persona trabajadora sí puede hacer valer los derechos reconocidos en el contrato que fue declarado nulo, cosa que no puede hacer el titular de la empresa. Desde nuestro punto de vista esta disposición está construida de forma correcta, ya que se pretende que los trabajadores puedan cobrar su remuneración y gozar de los beneficios que el contrato les otorgó mientras estuvo vigente, pese a que el efecto de la nulidad se equipara al de la inexistencia, es decir, que ese contrato nunca fue celebrado.

Estas disposiciones nos llevan a pensar que el legislador ecuatoriano quiso proteger a la persona trabajadora, teniendo en consideración que el contrato de trabajo es un instrumento que contiene las condiciones en las que se desempeña la actividad, pero que pueden ser perfectamente suplidas por el contrato-realidad. Esta consideración hizo que el legislador siga considerando que podían ser reclamados los derechos adquiridos por la persona trabajadora, aunque el contrato de trabajo haya sido declarado nulo, lo que en nuestro criterio busca que no se genere un perjuicio para la persona trabajadora, en la falta de pago de una remuneración por una actividad que ya fue realizada.

Desde nuestro punto de vista, creemos que la normativa es deficiente con respecto a la regulación de la nulidad de los contratos de trabajo, ya que no se establece con claridad el tipo de nulidad que se genera en función de los vicios que contenga el contrato, es decir, si es absoluta o relativa, lo que dificulta establecer si, una vez declarada la nulidad, la persona trabajadora, en todos los casos, sigue gozando de la totalidad o de una parte de los derechos que se derivaron del contrato de trabajo.

Aunque el ámbito de esta tesis es las relaciones laborales individuales, consideramos que en este epígrafe es necesario referirnos, de manera breve, a la nulidad de los contratos colectivos de trabajo, para tener mayores elementos de análisis en este asunto. Antes de revisar las disposiciones específicas previstas por el CT para la nulidad de los contratos colectivos, debemos señalar que el contrato o colectivo en

España y en Ecuador comparten muchas características y también difieren en varios aspectos, siendo el más importante el tipo de contratación.

En el caso de la legislación española, el desarrollo de la nulidad es mucho más extenso y completo que en la legislación ecuatoriana, ya que en términos generales se establece que la nulidad de los contratos de trabajo puede ser parcial o total, es decir, que en el caso de que ciertas cláusulas fueran contrarias a normas imperativas, el resto del contrato podría permanecer vigente<sup>150</sup>.<sup>151</sup> En el caso de que la persona trabajadora hubiera adquirido derechos especiales a través de esas cláusulas, es el órgano judicial quien debe determinar su permanencia o extinción, lo cual es un hecho que se presume que opera de igual forma en Ecuador, pero no existe ninguna disposición en el CT que lo sustente.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad previstos en el art. 9.2 del ET, se establece que la obligación del titular de la empresa de pagar la remuneración del trabajo ya realizado subsiste, pese a que el contrato de trabajo haya sido declarado nulo.

Esta manera de regular los efectos de la nulidad de los contratos de trabajo es la primera nota distintiva que se presenta con el derecho civil, ya que en este se establece que los efectos son retroactivos, mientras que en el derecho laboral se considera que el trabajo que fue ya desempeñado por la persona trabajadora es una obligación que por naturaleza es imposible de retrotraer, debido a que no se puede dejar por inexistente la actividad que ya fue ejecutada.

La consecuencia lógica de retrotraer los efectos implica la destrucción del vínculo jurídico, lo que generaría la obligación de ambas partes de restituir el patrimonio adquirido por este negocio jurídico. Esta obligación cuasicontractual nos subsume justamente en un supuesto de enriquecimiento injusto, ya que la conducta se adecúa a la figura jurídica, por cuanto no existe vínculo jurídico válido, pero sí está presente la voluntad de las partes, de manera que se generaría una obligación de restituir el patrimonio adquirido.

---

<sup>150</sup> Esta disposición la podemos encontrar en el art. 9.1 del ET que dice establece la posibilidad de una nulidad relativa, en la que únicamente existe una afectación a la parte que contiene el vicio, dejando todo lo demás válido. De la misma manera, prevé que si el trabajador tuviere asignadas condiciones o retribuciones especiales, en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano judicial que declare la nulidad, deberá pronunciarse sobre la subsistencia o supresión total o parcial de dichas condiciones.

Esta obligación de restitución tiene una característica particular en el derecho laboral. Si mientras estuvo vigente el contrato nulo se pagó una remuneración y se realizó una actividad, retrotraer los efectos implicaría que se elimine la actividad realizada y se devuelva la remuneración, por lo que necesariamente la restitución debería ser monetaria. En el caso de la persona trabajadora, no se pueden devolver las actividades desempeñadas; en el caso del titular de la empresa, al ser el dinero un bien fungible, resulta más fácil su restitución.

Otro de los supuestos en los que el ET establece un efecto especial es para aquellos casos de discriminación salarial por razón de sexo, regulados en el art. 9.3 del ET, el cual fue añadido con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por cuanto en estos casos la obligación que se genera es la de exigir el pago del valor no percibido, atendiendo al principio de a igual trabajo igual remuneración.

La incorporación de este epígrafe es una novedad para la legislación española, ya que ha cambiado la concepción de este asunto: en la exposición de motivos de la ley, el legislador no solo reconoce que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación que afecta a sus derechos fundamentales, sino que la brecha salarial no ha logrado ser reducida en los últimos años. Por ello se vio en la necesidad de crear una nueva norma en materia de empleo y ocupación que garantice la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. Es entendible que se haya previsto la nulidad como una sanción para aquellos casos de discriminación salarial por razón de sexo. En este sentido, nosotros consideramos que la sanción resulta proporcional para la conducta, ya que se pretende que, a través de esta, se restituya el equilibrio que la relación jurídica había perdido por medio de la discriminación, lo que conlleva una efectiva protección del interés de las personas trabajadoras.

En cuanto a la redacción del art. 9.3 del ET, Ballester Pastor (2019, pp. 13-40) señala que esta puede generar problemas, ya que no se tiene claridad respecto a la intención del legislador. La autora presume que su finalidad es la de garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la fórmula utilizada no se conseguiría necesariamente este efecto porque puede legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja. El efecto de esta disposición, salvo error u omisión de nuestra parte, todavía no ha podido ser analizada por los órganos judiciales, por lo que quedamos a la espera de valorar cualquier

pronunciamiento que se dé al respecto para establecer en qué casos resulta procedente y cuáles son los alcances de la declaración de nulidad.

En Ecuador la contratación colectiva es por empresa, mientras que en España puede ser por rama de actividad, por empresa o, incluso, por grupo de trabajadores en una empresa, lo que genera un ámbito de aplicación distinto. En Ecuador en el contrato colectivo que se celebra entre la empresa y la asociación sindical de esa empresa es necesario que ambas partes estén presentes en la negociación y a la vez sus efectos son *inter partes*, mientras que en España, si es realizado conforme a las normas del Estatuto de los Trabajadores, es aplicable a todos los empleadores y trabajadores del ámbito de aplicación del propio convenio, *erga omnes*, estuviesen presentes en su negociación y suscripción o no.

Una vez que esto ha quedado claro, debemos continuar señalando que la disposición que regula la nulidad de los contratos colectivos en el Ecuador se encuentra en el art. 236<sup>152</sup> del CT, que establece como causal de nulidad que el contrato no fuera celebrado por escrito y que los efectos serían los mismos que para el contrato individual. Esto, a nuestro criterio, es insuficiente, ya que existen otro tipo de vicios que afectan en la esencia del contrato colectivo que no han sido regulados, como si se suscribe con la organización laboral que no tiene mayor representación, o si se realiza a través de engaños.

Por otra parte, si nos referimos a las causas de nulidad de los contratos colectivos previstas en el art. 90 del ET, podemos establecer que es exactamente igual a la ecuatoriana, por cuanto se considera la inobservancia de su formulación por escrito como único supuesto en el que se le podría imponer esta sanción, sin perjuicio de lo cual esta causa puede ser perfectamente subsanada o convalidada por las partes contratantes, si lo plasman por escrito.

Las referencias anteriores únicamente se centraron en estudiar los supuestos de nulidad expresamente establecidos en el CT y en el ET, pero resulta indispensable analizar, de manera general, los supuestos más comunes en los que se configura la nulidad absoluta y relativa de los contratos de trabajo, con el objeto de poder

---

<sup>152</sup> Este art. también señala la obligatoriedad de que todos los contratos colectivos deben cumplir con la formalidad de ser celebrados por escrito y ante el Director Regional del Trabajo, y a falta de éste, ante un inspector del ramo. Además, se debe firmar en tres ejemplares que serán conservados por las partes y en el Ministerio del Trabajo.

establecer el alcance de la obligación de restitución que nace como consecuencia de su declaración.

### **3.3.2.1.1.1. Contratos laborales inexistentes**

Al referirnos a la teoría de la ineficacia de los negocios jurídicos en el derecho laboral afirmamos que tanto la ley española como la ecuatoriana no han previsto ningún supuesto que generara como consecuencia la inexistencia del contrato de trabajo, ya que esta figura estaba prevista únicamente para aquellos casos en los que fuera imposible configurarlos.

De todo el análisis realizado, hemos podido encontrar un único caso en el que se puede hablar de contrato de trabajo inexistente, debido a la imposibilidad de que esto suceda, como indicábamos anteriormente. El caso consiste en una persona trabajadora que celebra dos contratos de trabajo de tiempo completo con dos empleadores distintos para desempeñar actividades que le ocupan casi las 24 horas del día. Este escenario fue conocido y resuelto por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la CSJ el 24 de mayo de 2000<sup>153</sup> cuyo razonamiento consistió en que:

«(...) No hay, en la especie, elementos para aceptar la relación de trabajo permanente, peor en la intensidad de labores que dice haber desarrollado, pues tanto el carné de afiliación al IESS, como las certificaciones acompañadas demuestran que el accionante tenía una actividad de guardia nocturno, con un horario prolongado, que le impediría realizar una jornada diurna de trabajo(...)».

Este supuesto fue analizado por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (en adelante, CPJP) mediante Sentencia de 1 de abril de 2015<sup>154</sup> que manifiesta:

«(...) El actor en su demanda asegura que laboró bajo dependencia del demandado desde el 6 de agosto de 1995 hasta el 25 de agosto de 2006 la cual se volvió de carácter indefinida por haberse mantenido en el tiempo, a través de renovaciones constantes de los contratos, (...) por el contrario de lo sostenido por el accionante, evidencian que dentro del periodo de tiempo en el que el accionante dice haber sido empleado de la Fundación Ecuador bajo relación de dependencia, este prestó servicios profesionales al menos con otras tres instituciones; hechos estos que llevan a concluir,

---

<sup>153</sup> SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 24 de mayo de 2000, R. de casación no. 127-2000; Sala está conformada por los Magistrados Dres. Camilo Mena Mena, Julio Jaramillo Arízaga, Teodoro Coello Vázquez.

<sup>154</sup> STS s/n, Sala Laboral, 1 de abril de 2015, R. de apelación no. 538/2009; Ponente: s/n, publicado en la página web de la función judicial de Pichincha el 1 de abril de 2015.



que no existió tal dependencia; pues la lógica y la experiencia permiten determinar la imposibilidad física del actor, en su condición humana, de prestar servicios, bajo las condiciones que implica la relación laboral, para por lo menos tres empleadores; puesto que en su demanda ni en prueba alguna consta que la labor que desarrolló fue en horarios reducidos, lo que da a entender que laboró en jornadas completas, deviniendo en inconsistente su alegación referente a este hecho».

Desde nuestro punto de vista el análisis que se realiza en la Sentencia es acertado, en la medida en que resulta físicamente imposible que una persona haya desempeñado actividades en jornadas completas para dos o más empleadores de forma simultánea. Hace principal énfasis en que no se pudo acreditar la dependencia alegada por el supuesto trabajador, por lo que no es procedente reconocer la existencia de una relación laboral, pese a que haya existido un instrumento denominado contrato de trabajo que, aparentemente, vinculaba a las partes, por la ausencia de uno de sus elementos de existencia.

El hecho de que el órgano judicial no haya reconocido la existencia de la relación laboral lleva aparejada una sanción de inexistencia del aparente contrato de trabajo celebrado por las partes, ya que los elementos aportados en juicio demostraron que el instrumento no reflejaba la realidad fáctica, por lo que nunca nació la relación jurídica pretendida por el actor. En esta virtud, tal instrumento denominado contrato de trabajo nunca estuvo en la capacidad de generar efectos jurídicos, y peor aún la restitución de obligaciones.

#### **3.3.2.1.1.2. Contratos laborales nulos**

Como se mencionó anteriormente, la nulidad de los contratos puede ser absoluta o de pleno derecho y relativa o anulable.

La nulidad absoluta se configura cuando los vicios (capacidad, objeto, fin o falta de elementos de validez del negocio) que contiene el acto jurídico no pueden ser subsanados de ninguna manera, por lo que, si bien tienen la apariencia de ser un acto jurídico válido que, en un primer momento produce efectos jurídicos, lo cierto es que no ha nacido a la vida jurídica. De la misma manera, se afirmó que, para que opere la nulidad absoluta, se requiere de una declaración judicial, que puede estar antecedida de una petición de parte, o bien declarada de oficio por el órgano judicial cuando advierta su configuración. Respecto a los efectos, dijimos que estos conllevan la destrucción del vínculo jurídico y la restitución de las prestaciones realizadas.

La nulidad relativa o anulabilidad se configura cuando los vicios que contenga el acto puedan ser subsanables, para que sus efectos puedan surtir de manera plena.

#### **3.3.2.1.1.2.1. Contratos laborales de nulidad absoluta**

En la materia que nos compete, los contratos de trabajo que fueran declarados nulos absolutos o inexistentes, estos retrotraen sus efectos hasta antes del momento de su celebración, debiendo restituirse las prestaciones que ya se hubieren cumplido, lo que se ha solventado a través de las disposiciones presentes tanto en el CT como en el ET, respecto a que la persona trabajadora puede exigir el pago de la remuneración por el trabajo ya ejecutado. Por eso, en el supuesto en que un contrato de trabajo en el cual está pendiente el pago de la remuneración por el trabajo que se realizó fuera declarado nulo, la empresa estaría enriqueciéndose sin causa legal respecto de la labor efectivamente realizada por la persona trabajadora y que produjo un incremento en su patrimonio, puesto que no existiría un vínculo jurídico que comprometiese a realizar ninguna prestación.

Como se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo, la figura del enriquecimiento injusto está siendo utilizada indistintamente con la del enriquecimiento sin causa, cuando su principal diferencia es el vínculo jurídico que une a las partes. Al declarar la nulidad de un contrato de trabajo, se generaría un enriquecimiento injusto, ya que las obligaciones no satisfechas a la persona trabajadora generan un desequilibrio patrimonial y un enriquecimiento sin causa, porque, al no tener un instrumento jurídico que lo sustente, no hay un vínculo legal que una a las partes.

En el caso de España, un supuesto de relación laboral nula de pleno derecho podría ser aquel en el que la persona trabajadora miente respecto de la posesión de un carné de conducir que fue exigido en la oferta de trabajo y que fue el documento habilitante para que celebrara el contrato de trabajo. La omisión de este requisito demuestra que hay un error del consentimiento, el cual tiene las características de ser sustancial o esencial, ya que recae sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a la celebración del contrato. Este criterio lo sostiene el TS español en la Sentencia de 25 de marzo de 2014<sup>155</sup>. Por lo tanto, el hecho de que la persona trabajadora no cuente con este elemento, que es un requisito esencial y determinante para considerar su contratación, invalida la relación laboral.

---

<sup>155</sup> STS 1799/2014, Sala de lo Social, 25 de marzo de 2014, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1281/2013. Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

A propósito de este supuesto, podríamos establecer que el enriquecimiento injusto no es solo una figura que se representa con conductas realizadas exclusivamente por el titular de la empresa, sino que también es posible que la persona trabajadora se enriquezca sin que exista causa a costa del titular de la empresa, como se evidenció en este supuesto.

El hecho de que se haya declarado la nulidad absoluta de este contrato de trabajo no implica que el titular de la empresa esté exento de pagar la remuneración de las actividades realizadas, aunque no haya existido el requisito esencial para la contratación, debido a que no existe trabajo gratuito<sup>156</sup>.

Tomando en consideración todo lo explicado, vamos a analizar en los siguientes epígrafes las nulidades que por diversos vicios se pueden encontrar en el derecho laboral: falta de capacidad, objeto lícito, causa lícita u omisión de formalidades esenciales.

#### **3.3.2.1.1.2.1.1. Por capacidad**

En primer lugar, vamos a estudiar la nulidad de los contratos de trabajo que se genera porque las dos partes contratantes sean incapaces o, al menos, una de ellas. A partir de este análisis vamos a determinar si, en todos los casos, se genera una nulidad absoluta o si existe la posibilidad de que sea relativa o anulable.

La capacidad es uno de los requisitos necesarios para la existencia de los contratos de trabajo, ya que es entendida como la facultad de que tiene una persona (tanto persona empleadora como trabajadora) para adquirir derechos y obligaciones, de manera que si una de las partes no cuenta con esta capacidad está impedida por la ley para celebrar actos jurídicos válidos.

Si bien es cierto que el CC de cada uno de los países señala de forma exhaustiva los tipos de capacidad con las que cuentan las personas en general, lo cierto es que en este epígrafe únicamente nos enfocaremos en explicar la capacidad de las partes en la celebración de un contrato de trabajo. Por regla general, las legislaciones de Ecuador y España consideran que todas las personas son capaces para contratar, salvo las que la ley determine que son incapaces.

---

<sup>156</sup> La máxima del Derecho Laboral de que no existe trabajo gratuito está relacionado con la prohibición legal de que no existen trabajos forzosos como un mecanismo para evitar que se lleguen a conductas de esclavitud.

En el caso de los contratos de trabajo, se parte del mismo supuesto de que tanto la persona empleadora como la trabajadora están en capacidad de adquirir los derechos y las obligaciones derivados de su acuerdo de voluntades. Sin embargo, existen ciertas circunstancias en la que una de las partes está impedida de hacerlo, y que serán explicadas a continuación.

En España la capacidad de la persona trabajadora para contratar está regulada en el art. 7 del ET. Para Montoya Melgar (2012, pp. 296-300), hay tres categorías: la capacidad plena, la capacidad reducida o limitada y la incapacidad absoluta.

La capacidad plena viene dada por las reglas establecidas en el CC español, por lo que cuentan con ella las siguientes personas:

- i) Los mayores de dieciocho años según lo establece el art. 315<sup>157</sup>.
- ii) Los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis que estén emancipados o quien hubieren obtenido el beneficio de la mayoría de edad, de conformidad con lo establecido en el arts. 317<sup>158</sup> y 321.
- iii) Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que con consentimiento de sus padres o tutores vivan independientes, según lo establece el art. 319<sup>159</sup>.

Es decir, todas las personas que se encuentren enmarcadas en estos supuestos pueden celebrar contratos de trabajo válidos y adquirir los derechos y obligaciones derivados del mismo.

La capacidad limitada para contratar la tienen los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis no casados y dependientes de sus padres o tutores; y los declarados pródigos o incapaces por sentencia judicial, de conformidad con lo establecido en los arts. 287 y 298 del CC español. Las personas que cuenten con esta capacidad limitada requieren de la autorización expresa o tácita de su representante para celebrar contratos de trabajo válidos, la cual, de conformidad con el art. 7.b del ET, les faculta para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones nacidos de este. De ese modo, si no existe dicha autorización, el contrato queda viciado de nulidad.

---

<sup>157</sup> Una de las características que más nos llamó la atención de este artículo es que se precisa que para el cómputo de los años, se incluirá completo el día del nacimiento. Esta porción del apartado no está presente en la legislación ecuatoriana.

<sup>158</sup> El artículo también precisa que para que la emancipación se debe instrumentalizar a través del otorgamiento de una escritura pública, o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.

<sup>159</sup> Un elemento importante de este enunciado consiste en que los padres podrán revocar este consentimiento, en cualquier momento, siempre y cuando no lo hagan de manera arbitraria.

La incapacidad absoluta para contratar la tienen aquellos menores de dieciséis años a quienes se les haya declarado judicialmente incapaces. Respecto a los menores de dieciséis años, el art. 6.4 del ET fija una prohibición para trabajar, excepto para espectáculos públicos en los que no se requiere una edad mínima y cuya contratación puede ser autorizada por la autoridad laboral, quien deberá hacerlo por escrito y siempre que no ponga en peligro la salud física del menor ni su formación profesional y humana.

En cuanto a la capacidad para contratar de la empresa, debemos distinguir entre persona física y persona jurídica. Si se trata de una persona física, la capacidad para contratar debe seguir las mismas reglas que para la persona trabajadora, ya que el art. 49.1.g) del ET únicamente establece que la incapacidad de la persona titular de la empresa es causa para la extinción del contrato, por lo que debemos estar a las reglas antes señaladas. Si se trata de una persona jurídica, la capacidad para contratar se adquiere si han sido constituidas legalmente y en función del tipo de sociedad, como por ejemplo:

- i) Si se trata de corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, la capacidad para contratar se adquiere en el momento en que queda válidamente constituida de conformidad con el art. 35 del CC español. La capacidad para contratar estará dada en función de sus normas ordenadoras de conformidad con el art. 37 del CC español.
- ii) Si se trata de personas jurídicas privadas de carácter asociativa, la capacidad para contratar estará dada en función del contrato de sociedad o de los estatutos de conformidad con el art. 36 del CC español.

En Ecuador, la capacidad para contratar está regulada en el art. 35 y 36 del CT, en los que se establece que, tanto para personas trabajadoras como para titulares de la empresa, se debe superar los quince años para adquirir capacidad plena, sin necesidad de autorización alguna. Se hace especial énfasis en que la persona trabajadora recibirá directamente su remuneración. Pero en estos enunciados no se hace ninguna referencia a la capacidad de la empleadora cuando es una persona jurídica, por lo que debemos estar a las reglas previstas en el CC Ecuador de aplicación supletoria.

Respecto a la capacidad de los menores para celebrar contratos laborales, es importante determinar que la edad que establece la ley para ambos países difiere: en

el caso de Ecuador el CT hace mención que los mayores de quince años ya cuentan con la capacidad legal para obligarse en una relación laboral sin necesidad de autorización alguna y por lo tanto pueden recibir su remuneración de manera directa; en España, la edad para suscribir contratos se fija en 16 años, y se requiere una autorización por parte de su representante legal.

El fijar las edades en cada uno de los países se usa para garantizar la edad de finalización de la educación básica obligatoria. En España, de conformidad a lo previsto en el art. 4. 2<sup>160</sup> de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE), se establece que la educación básica obligatoria comprende diez años de escolaridad, que se desarrolla de forma regular, entre los seis y dieciséis años. En Ecuador, el nivel de educación general básica, de conformidad con el art. 42<sup>161</sup> de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el Registro Oficial Suplemento 417 de 31 de marzo de 2011<sup>162</sup> (en adelante, LOEI), se desarrolla desde los cinco años en adelante y está compuesta por diez años de atención obligatoria, lo cual coincide con los quince años previstos por el CT.

En este mismo sentido, si bien la edad mínima difiere en ambos países, estas disposiciones se encuentran apegadas a lo que establece el artículo 2.3<sup>163</sup> del Convenio n.º 138<sup>164</sup>, correspondiente a la edad mínima, de 19 junio 1976 de la OIT, en el cual se fija como edad mínima para trabajar los quince años.

En Ecuador, la edad del menor es determinante para el tipo de nulidad que acarrea el contrato de trabajo, ya que los supuestos de análisis difieren si la persona trabajadora es menor o mayor de 15 años. En el caso de que la persona trabajadora fuera mayor de 15 años, el contrato de trabajo es perfectamente válido, ya que la ley le confirió una capacidad especial de que este acto jurídico pudiese ser celebrado, por lo que todas las obligaciones que se generen como consecuencia de este serán de tipo contractual.

---

<sup>160</sup> Este art. también faculta a que si una persona no terminó la educación básica hasta los 16 años, esté en la posibilidad de permanecer en ella hasta que se haya cumplido los 18 años.

<sup>161</sup> El art. en estudio establece este tiempo de duración de la educación básica, por que considera que la educación impartida permite el desarrollo de las capacidades, habilidades, destrezas y competencias que sientan las bases para participar en la vida ciudadana, así como para continuar los estudios de bachillerato.

<sup>162</sup> La ley fue promulgada el 11 de enero de 2011 y publicada en el Registro Oficial Suplemento 417 de 31 de marzo de 2011 y su última reforma se dio el 14 de marzo de 2018.

<sup>163</sup> Este art. también hace la precisión de que la edad mínima para trabajar no debe ser inferior a la edad en que termina la obligación escolar, que en ningún caso podrá superar los 15 años.

<sup>164</sup> Convenio Ratificado por Ecuador el 19 septiembre 2000. Convenio Ratificado por España el 16 mayo 1977.

No obstante, puede existir el caso de que un menor de 15 años al que la ley no haya facultado para celebrar ningún acto jurídico, tampoco un contrato de trabajo, en la realidad lo esté haciendo. Si para este caso aplicamos las reglas previstas tanto en el CC como en el ET o en el CT, el contrato de trabajo debería ser sancionado con una nulidad absoluta; ahora bien, ¿quitarle validez el contrato genera una protección al trabajador?

Este supuesto fue analizado por CSJ en la Sentencia de 17 de diciembre de 1998<sup>165</sup>, tomando como base la edad mínima para trabajar en 14 años<sup>166</sup>. En este caso se debía analizar la situación laboral de un menor de edad que desde los ocho años de edad había prestado servicios domésticos a un familiar.

Para abordar esta problemática, los jueces se vieron en la obligación de dividir el análisis en dos momentos: el primero, respecto a si un menor de ocho años puede celebrar un contrato de trabajo; y el segundo, respecto a que si después de los 14 años el contrato de trabajo era válido.

En cuanto al primero, los jueces concluyeron que esa relación laboral no se había configurado, ya que transgredía de forma directa una norma prohibitiva, cuyo fundamento fue:

«(...) desde que la actora cumplió los ocho años, se desprende el vínculo afectivo familiar que él asumió con el demandado, de cariño y apego con la educación que este le costeó, si bien lógicamente la demandante realizaba algunas tareas que exigían cumplimiento y eran de labor solidaria, sin remuneración laboral a la luz del proceso, durante ese tiempo sería ilógico y antijurídico reconocer el vínculo contractual».

En cuanto al segundo, los jueces determinaron que, a partir de los 14 años, esta relación podía ser considerada un contrato de trabajo. Se fundaron en que la actora, al llegar a los 14 años, ya adquirió una capacidad que otorga la ley laboral para contratar, de manera que todos los derechos que se hubieran adquirido a partir de ese momento son completamente exigibles por el menor.

---

<sup>165</sup> SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 17 de diciembre de 1998, R. de casación No. 271, Ponente: s/n, publicada en el Registro Oficial 138 de 1 de marzo de 1999.

<sup>166</sup> Esta sentencia fue dictada antes de la reforma al CT de 2006, en la que se aumentó la edad mínima para trabajar a 15 años. Esta reforma se realizó para adecuar la normativa ecuatoriana al convenio no. 138 de la OIT.

De los argumentos vertidos en la sentencia se puede concluir que, en Ecuador, cualquier servicio que preste un menor a un tercero, antes de haber cumplido 15 años, se considera nulo y antijurídico; sin embargo, desde nuestro punto de vista, en el caso que se llegase a celebrar un contrato con una persona menor de 14 años, por más que desde el punto de vista jurídico no haya nacido el contrato, se debe igualmente pagar una remuneración por los servicios prestados, basándose precisamente en el principio de enriquecimiento sin causa.

Si este supuesto se hubiera dado en España, esta relación laboral también hubiera sido considerada nula, ya que, como se mencionó anteriormente, el artículo 6.1 del ET fija como prohibición la celebración de un contrato en estas condiciones; sin embargo, en el evento que se realice, el artículo 1304 del CC español señala:

«(...) cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera».

Esta disposición tiene como trasfondo una prohibición de enriquecerse sin causa a costa de otro. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta restitución es totalmente imprecisa, ya que la remuneración que se paga como contraprestación al trabajo realizado no genera un enriquecimiento, y en el caso de que lo hiciera, resultaría muy difícil determinar el valor del mismo, ya que, si se establece que el enriquecimiento se produce a partir de todo aquello que supere el salario mínimo, se generaría una colisión con el principio de a igual trabajo igual remuneración. Sin embargo, el art. 9.2 del ET es claro al establecer que, así el contrato de trabajo haya sido declarado nulo, lo cierto es que la persona trabajadora tendrá derecho a recibir las retribuciones que le corresponden por el trabajo prestado.

La capacidad de los menores de edad en el derecho laboral no solo está limitada a la capacidad de goce, ya que la ley adjetiva de cada país les ha otorgado la capacidad de ejercicio, es decir, aquella facultad de comparecer a juicio de forma directa, aunque no tengan capacidad plena. En el art. 16 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se establece en los literales dos y tres, que tendrán capacidad procesal las personas trabajadoras que estén entre los dieciséis y dieciocho años respecto a los derechos derivados del contrato de trabajo y de la Seguridad Social, de los derechos de naturaleza sindical y representación, así como para impugnar actos administrativos que los afecten.



En el caso de Ecuador, esto se puede ver reflejado en el art. 31 del COGEP, que establece que los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y la protección de sus derechos y garantías. El fundamento de esta facultad la podemos encontrar en la Sentencia de 23 de marzo de 1983<sup>167</sup>, dictada por la CSJ, en la que se establece que los menores de edad están facultados para comparecer a juicio para defender los derechos que hayan adquirido en su relación laboral, explicando su fundamento que viene de la protección que el órgano judicial debe otorgar a la persona trabajadora, ya que hace énfasis en dos elementos importantes, que son el efectivo ejercicio de la facultad de comparecer en juicio por parte de un menor de edad, ya que, en caso contrario, el titular de la empresa se beneficiaría impunemente del esfuerzo del menor, puesto que efectivamente este realizó un trabajo que generó un incremento en su patrimonio, es decir, un lucro; y, que, en este sentido, no se puede sacrificar la justicia por la inobservancia de formalidades legales, de manera que dicta su fallo con la finalidad de que la persona trabajadora no pierda los beneficios que por ley le corresponderían aunque hubiera cometido errores en el procedimiento para reclamarlos.

Por ello, podemos concluir que no en todos los casos en los que en un contrato de trabajo en los que participe un incapaz generan como consecuencia una nulidad de pleno derecho, sino únicamente para aquellas personas trabajadoras que sean menores a la edad mínima fijada para trabajar y aquellos que en general no tienen la capacidad de autogobernarse según lo señalado anteriormente.

Todos los otros supuestos en que, en el contrato de trabajo, participe una persona con capacidad limitada, susceptible de ser subsanable, únicamente le corresponde la sanción de una nulidad relativa o anulabilidad. Por ejemplo, si en España celebra un contrato de trabajo una persona con 17 años que no está emancipada por hecho o de derecho, si bien existe un vicio en el contrato, lo cierto es que puede convalidarse y recuperar su validez siempre que pida la autorización a quien tenga su patria potestad, o con el mero paso del tiempo al cumplir los 18 años, ya que en ese momento la ley le otorga la capacidad plena<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 23 de marzo de 1983, Tercera Instancia, Ponente: s/n, publicado en la Gaceta Judicial 2. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. P. 437.

<sup>168</sup> En el caso de la nulidad del contrato de trabajo de un menor de edad, hemos podido detectar, salvo error u omisión de nuestra parte, que existe un vacío legal respecto a las cotizaciones/aportes a la Seguridad Social, tanto en España como Ecuador. Una vez que hemos revisado la legislación aplicable, no hemos podido encontrar ninguna disposición que regule la obligatoriedad en el pago de las mismas. Sin perjuicio de lo cual, consideramos que este es un elemento fundamental y que merece ser regulado

### 3.3.2.1.1.2.1.2. Por objeto ilícito

Como siguiente punto del análisis, vamos a referirnos a la nulidad de los contratos de trabajo por objeto ilícito. Nos centraremos a analizar un supuesto que refleja esto de forma muy clara. Este supuesto ha sido abordado de forma sistemática por los órganos judiciales españoles y consiste en la nulidad del contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución.

Este asunto lo vamos a analizar en su mayor parte desde la perspectiva del derecho español, debido a que la forma como se ha abordado constituye, desde nuestro punto de vista, una aportación sustancial a la doctrina del derecho laboral. Al final se hará una breve mención respecto a su tratamiento en Ecuador.

El objeto de los contratos, según la teoría general de las obligaciones de Montoya Melgar (2012, pp.303-305) y Rodríguez Izquierdo (2012, pp.506-507), viene dado por la sustancia económica, bienes y utilidades que caen bajo la voluntad de las partes. En materia laboral el objeto del contrato de trabajo corresponde a los bienes que desean intercambiar los contratantes, es decir, la prestación que la persona trabajadora se obliga a ejecutar a favor de la empresa a cambio de una retribución salarial.

La prestación que se compromete a realizar la persona trabajadora debe cumplir con las características de licitud y personalidad, lo que significa que el trabajo que se va a desempeñar debe ser acorde a la ley, la moral y las buenas costumbres. Por lo tanto, si se suscribiera un contrato de trabajo cuyo objeto estuviera en contra de estos preceptos, acarrearía la nulidad absoluta, ya que los vicios que lo generan no son susceptibles de ser saneados y no surtiría los efectos jurídicos deseados.

Uno de los supuestos que ha provocado mayor discusión en la doctrina y en la jurisprudencia española, en los últimos años, es el reconocimiento o desconocimiento de la prostitución como una relación laboral, debido a la ponderación que se debe realizar entre el objeto ilícito de su actividad y la falta de protección de las personas que se dedican a ella, unido a la relación que existe con otras temáticas como la mercantilización (*sic.*) de los intercambios sexuales hasta el punto de llegar a camuflar actividades delictivas como la explotación sexual y la trata de personas.

---

expresamente por las leyes laborales, ya que caso contrario, se convierte en una restricción al derecho de la persona trabajadora. Esto, aunado a que la falta de cotizaciones durante el tiempo que dure el contrato nulo, genera un perjuicio significativo, a largo plazo, respecto al valor de la jubilación u otras prestaciones del sistema de Seguridad social.

Esta es una problemática presente en la actualidad y que está siendo analizada de forma recurrente por los órganos judiciales españoles y que hasta la presente fecha, desde nuestro punto de vista, no llega a tener una solución que satisfaga a las partes, sobre todo a las personas que se dedican al desempeño de tal actividad, ya que se somete a decisión judicial aspectos de legalidad con aspectos de ilicitud que resultan irreconciliables.

En este sentido, debemos referirnos a que diversos órganos internacionales tales como la ONU o la OIT, así como el Consejo de Europa y la UE, han venido sosteniendo una postura firme respecto a que la prostitución y la trata de personas es una actividad incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana, porque ponen en peligro el bienestar del individuo, de su familia y de la comunidad, tal como se puede evidenciar en el convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena<sup>169</sup>, en el cual los países firmantes tienen la obligación de prohibir el tráfico de personas, establecer medidas específicas administrativas y de ejecución de esta actividad de forma controlada, y establecer medidas sociales destinadas a las personas víctimas de tráfico de personas; así como en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, aprobado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, cuya finalidad es prevenir y luchar contra la trata de personas; o en la decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de Europa de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

En estos instrumentos se ha adoptado una postura en contra de esta actividad, pero lo cierto es que estas se siguen realizando en la mayoría de los países del mundo, en los que cada uno ha optado por tomar diversas actitudes. En el caso de Islandia, Irlanda, Francia, Noruega y Suecia, la prostitución es una actividad legal, pero ser cliente es considerado como ilegal; por el contrario, en el caso de Rusia, Lituania, Ucrania, Bielorrusia, Croacia, Kosovo, entre otros, la prostitución es ilegal, pero el ser cliente no es considerado como ilegal. (Corbera, 2008, p. 11 y Brufao, 2008, p. 25)

Por su parte, países como Letonia, Hungría, Alemania, Suiza, Austria, Grecia y Turquía han determinado que la prostitución es legal y está regulada, pero en el caso de los dos primeros los prostíbulos son ilegales. Finalmente, nos encontramos ante una situación de alegalidad o anomia, en el que la prostitución no es delito, pero

---

<sup>169</sup> Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, el 2 de diciembre de 1949 y que entró en vigor el 25 de julio de 1951. Ecuador y España son Estados parte del Convenio referido pero ninguno de los dos lo han ratificado debido a que también aplica a la prostitución voluntaria, la cual es una actividad tolerada en ambos países.

tampoco está regulada, salvo en el caso de los prostíbulos, que sí están catalogados como ilegales. Es el caso de España, Portugal, Reino Unido, Bélgica, entre otros. (Pérez, 2015, p. 56 y Villacampa, 2015, p. 18)

Antes de analizar los alcances de la anomia en la que vive España y cuál es el tratamiento jurisprudencial que se le ha venido dando a esta actividad, así como a otras figuras conexas, tal como el alterne y las mujeres que prestan sus servicios en establecimientos, sirviendo bebidas en *toples*, debemos tener claro qué es la prostitución. La RAE define *prostitución* así: ‘actividad en la cual una persona mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero’.

Al hablar de la prostitución como actividad humana, resulta evidente que existen varios aspectos que van a influir de manera directa en su estudio: las consideraciones morales y éticas que llevan al rechazo de la conducta por ser degradante, contraria a la moral y por ser un bien ilícito en el comercio; la realidad social que se vive, en la medida en que la prostitución es un fenómeno social que está lejos de erradicarse, y por el contrario, se realiza activamente en los países; y por último, la barrera casi indestructible que ha construido el derecho positivo para evitar una regulación jurídica que tienda al reconocimiento de esta actividad como una relación laboral.

Si analizamos esta actividad desde la perspectiva del derecho positivo debemos tener claro que, para el ordenamiento jurídico español, la prostitución no es un delito, a menos que estas prácticas se realicen contra la voluntad de quien los desempeña, por lo que, de acuerdo con los artículos 187 y 188 del CP, el bien jurídico que se intenta proteger es la libertad sexual de la persona, de manera que, si no está presente un elemento de imposición u obligatoriedad que atente contra la voluntad del sujeto, no se puede sancionar la conducta; es decir, lo que se sanciona no es el acto en sí, sino la explotación por un tercero.

Ahora bien, ¿qué pasa con la prostitución o las actividades afines conexas que se realizan bajo la subordinación de un tercero? ¿Cuál es la postura que adopta el ordenamiento jurídico con respecto a estas actividades?

La prestación de servicios en establecimientos para servir bebidas en *toples* y el alterne son actividades conexas a la prostitución, sin embargo, en estas la prestación no es de carácter sexual, lo cual constituye el punto determinante para su tratamiento jurídico, tal como se explicará en líneas posteriores.

La palabra *alterne* según la definición de la RAE es esta: ‘Dicho de una persona, especialmente de una mujer. En ciertas salas de fiestas, bares y lugares semejantes, tratar con los clientes para estimularles a hacer gasto en su compañía, del cual obtiene generalmente un porcentaje’.

En este caso, el objeto del contrato se limita a acompañar e incitar a los clientes del local a consumir bebidas, lo cual, por más que sea considerado contraria a la moral y a las buenas costumbres, es considerado como un objeto lícito y que puede generar la existencia de un contrato de trabajo válido, lo cual también se ha hecho extensivo a la actividad de servir bebidas en *toples*.

Esta postura ha sido sostenida por el TS español, en diversas sentencias que se han configurado como una doctrina que inició en la década de los 80 con las Sentencias de 3 de marzo de 1981<sup>170</sup>, 25 de febrero de 1984<sup>171</sup>, 14 de mayo de 1985<sup>172</sup>, 21 de octubre de 1987<sup>173</sup> y 4 de febrero de 1988<sup>174</sup>, y que ha continuado prácticamente en la misma línea con las sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003<sup>175</sup>, así como otras que se irán señalando en líneas posteriores.

El argumento principal en el que se ha sostenido su postura el tribunal es que el alterne, entendido como la captación de clientes para la consumición de bebidas alcohólicas, puede ser objeto de una relación laboral válida siempre que en esta no concurren actuaciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución, es decir, el cambio de sexo por dinero. De ese modo, para que este se configure, también deberá cumplir con los requisitos necesarios para la existencia de todos los contratos, que son la dependencia, la ajenidad, la remuneración y que se realicen en un local del titular de la empresa.

El problema surge si esta actividad de alterne no es pura, es decir, si durante la jornada laboral las personas trabajadoras —en su mayoría mujeres, es cierto— no solo se limitan a incentivar el consumo de bebidas, sino que también ejercen la prostitución por cuenta propia o por cuenta ajena, con las mismas condiciones de

---

<sup>170</sup> STS 2517/1981, Sala de lo Social, 3 de marzo de 1981, R. de casación por infracción de ley no. 580/1981, Ponente: Miguel Moreno Micholi.

<sup>171</sup> STS 923/1984, Sala de lo Social, 25 de febrero de 1985, R. de casación no. 923/1984, Ponente: s/n

<sup>172</sup> STS 2712/1985, Sala de lo Social, 14 de mayo de 1985, R. de casación no. 2712/1985, Ponente: s/n

<sup>173</sup> STS 6593/1987, Sala de lo Social, 21 de octubre de 1987, R. de casación no. 1914, Ponente: José María Álvarez de Miranda y Torres.

<sup>174</sup> STS 613/1988, Sala de lo Social, 4 de febrero de 1988, R. de casación no. 110, Ponente: Juan Antonio García-Murga y Vásquez

<sup>175</sup> SAN 3834/2003, Sala de lo Social, 23 de diciembre de 2003, R. no. 168/2003, Ponente: José Antonio Fernández Otero.

prestación, o si directamente el alterne es una forma de encubrir la actividad principal de la prostitución femenina.

Para este caso, la doctrina del TS español, que fue citada anteriormente, así como la doctrina judicial, por ejemplo en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003<sup>176</sup> y en la Sentencia del TSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012<sup>177</sup>, establecen que no se desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo por la actividad de alterne en el que se certifique que en el local de referencia se ejerce además la prostitución por cuenta propia (siendo los servicios sexuales contratados por las mujeres con algunos de clientes, cobrados directamente, sin que en el precio participara la empresa), siempre que esta no sea la actividad preponderante y el ejercicio de la actividad de alterne se realice, efectivamente, por cuenta ajena. En estos casos, el ejercicio de la actividad ilícita de prostitución no arrastra ni descalifica desde el punto de vista jurídico a la que es objeto del contrato de trabajo lícito, y ello aunque el alterne sea el medio necesario para captar clientes.

En este sentido, únicamente nos falta analizar qué pasa si la prostitución es la actividad preponderante en el alterne o si, por el contrario, es la única actividad que se realiza.

La doctrina del TS español en las Sentencias de 29 de octubre de 2013<sup>178</sup> y 21 de diciembre de 2016<sup>179</sup>, así como la doctrina judicial, en Sentencias dictadas por el TSJ de las Islas Baleares el 9 de enero de 1992<sup>180</sup> o el TSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997<sup>181</sup>, han sido claras en establecer que, si el alterne es una actividad que se realiza con el objeto de que sea una forma de contacto previo, por medio del cual se logra la venta del servicio sexual, resulta imposible calificar esa relación como laboral. Esto es debido a que la prostitución está construida a partir de un objeto ilícito que conlleva la nulidad de este, de manera que queda desprovisto de toda eficacia jurídica.

Los argumentos expuestos por los mencionados órganos judiciales nos generan una interrogante: si la prostitución no es una actividad que se encuentra penada por el

---

<sup>176</sup> Recurso número 3826/2003. Ponente: José Cesar Álvarez Martínez.

<sup>177</sup> Recurso número 93/2012. Ponente: Juan Molins García – Atance

<sup>178</sup> STS 6593/2013, Sala de lo Social, 29 de octubre de 2013, R. de casación para la unificación de doctrina no. 61/2013, Ponente: Jordi Agustí Julia.

<sup>179</sup> STS 5733/2016, Sala de lo Social, 21 de diciembre de 2016, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1868/2015, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

<sup>180</sup> STSJ BAL 175/1992, 9 de enero de 1992, Ponente: s/n

<sup>181</sup> STSJ CAT 8972/2019, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 2647/2019, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech

ordenamiento jurídico y cuando es realizada de manera conjunta con el alterne, al alterne, sí que se le reconoce relación laboral, ¿por qué se la sigue considerando a la prostitución como ilícita cuando, en la mayoría de los casos, va indisolublemente unida al alterne?

Para responder esta interrogante, nos resultan muy útiles las Sentencias de 4 de diciembre de 2003<sup>182</sup>, dictada por el TSJ de Sevilla, al resolver el caso denominado “Eróticas Goya”, y la Sentencia de 10 de noviembre de 2004<sup>183</sup>, dictada por el TSJ de Galicia. En esta última se explica, por una parte, que la ilicitud del objeto no nace de la norma penal, sino que se vincula al grave riesgo de la vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas, principalmente su dignidad y su libertad sexual; por otra, que no se puede aceptar la dependencia y la ajenidad para delimitar un ejercicio laboral de la prostitución, ya que esta actividad no puede ser objeto de un horario, orden o valoración pecuniaria, en la medida en que la actividad sexual forma parte de la intimidad de la persona, la cual debe nacer de la voluntad del sujeto, por lo que el consentimiento libre es esencial para su configuración jurídica. En este sentido, se señala que, si el consentimiento desaparece y se somete esta actividad a los poderes de dirección de la empresa, la actividad se convertiría en una agresión sexual, que no solo constituye un delito, sino que también se configura en una explotación y esclavitud humana del siglo XXI.

Desde nuestro punto de vista, este razonamiento es acertado, ya que, si se somete la actividad a los poderes de dirección de la empresa, existiría una línea muy delgada respecto a la voluntad de la persona trabajadora, por cuanto no se sabría con certeza si está siendo obligada a desempeñar la actividad o si lo está realizando libremente. Además, esto conllevaría un sinnúmero de interpretaciones respecto al tiempo que se considera como jornada ordinaria para una actividad de este tipo.

La doctrina judicial que se venía siguiendo tomó un giro inesperado y puso de nuevo en la mira de los tribunales este problema con la Sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015<sup>184</sup>, que analizó el caso de una empresaria dueña de un centro de masajes eróticos que alquilaba habitaciones para que ciertas mujeres ejercieran la prostitución. Esta presenta una postura diferente a

---

<sup>182</sup> STSJ AND 15824/2003, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 2026/2003, Ponente: Antonio Reinoso Reino

<sup>183</sup> STS GAL 4740/2004, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 3598/2004, Ponente: José Fernando Lousada Arochena

<sup>184</sup> STC 50/2015, Juzgado de lo Social, 18 de febrero de 2015, Resolución número 18. Ponente: Joan Agustí Maragall.

las mencionadas anteriormente, por no existir alterne, recogiendo los siguientes argumentos.

Primero, respecto a los elementos de la relación laboral, concluye que se dan los rasgos esenciales de una relación de carácter laboral: prestación voluntaria de servicios, retribución, dependencia y ajenidad en los frutos.

Su análisis inicia con la determinación de que no existen precedentes jurisprudenciales que hayan reconocido como relación laboral la libre prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena, aunque sí hace mención de la relación de alterne. Para la construcción de su argumento, el magistrado hace referencia a dos Sentencias (TSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004 y TSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2005), que expresan que la prostitución por cuenta ajena es ilegal por ser una actividad contraria a la moral en la que se produce una violencia de género y de esclavitud de las mujeres. Además, se establece que esta atenta contra los derechos fundamentales de integridad física y moral de una persona.

Segundo, los puntos decisivos para determinar si esta relación era de carácter laboral o no se centran en el análisis de la categoría de ilícito del objeto del contrato, es decir, de la prostitución, y en la posible lesión de los derechos fundamentales, entre ellos, de manera significativa, la dignidad de las personas.

En cuanto a la ilicitud del ejercicio libre por cuenta ajena de la prostitución, el magistrado se basa en los artículos 1271 y 1275 del Código Civil. El primero admite objeto del contrato aquellos servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, mientras que el segundo manifiesta que los contratos con causa ilícita no generan efectos jurídicos. Así mismo, hace referencia al art. 188.1 del CP, incorporado en el delito de proxenetismo, el cual tiene como característica que se ejerce por cuenta ajena sin importar el libre consentimiento; sin embargo, también se hace referencia a la evolución en la jurisprudencia en materia penal del TS español, en la medida que se ha venido aplicando un criterio restrictivo de este tipo penal para concluir que se comete cuando se detectan condiciones abusivas de trabajo.

En lo que respecta a la posible lesión de derechos fundamentales y atentado a la dignidad de las personas, el magistrado trae a colación la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 sobre explotación sexual y prostitución, y su impacto en la igualdad de género. Esta manifiesta que todo ejercicio de la prostitución,



libre y forzada, conlleva un componente de violencia de género que, además, se constituye como una violación de la dignidad humana.

Una vez que expone estos elementos, concluye el magistrado que, mientras en España no se erradique la prostitución, dejar sin reconocimiento de los derechos laborales a quienes la ejercen incrementa el atentado a la dignidad, a la libertad y la discriminación por razón de sexo que justamente se quiere proteger, de tal forma que reconoce a esta relación como laboral.

Este pronunciamiento judicial parece no haber sido bien recibido por la doctrina judicial, en la medida en que se siguen dictando fallos siguiendo los argumentos mayoritarios, como por ejemplo en la Sentencia de 11 de noviembre de 2019 dictada por el TSJ de Cataluña<sup>185</sup>, en la cual se revocó un fallo de instancia que declara improcedente el despido de un hombre cuya actividad principal consistía en la prostitución por cuenta ajena.

Los argumentos expresados en este fallo nos demuestran claramente la dialéctica de este problema: por una parte, se reconoce la necesidad de proteger a las personas que se dedican a esta actividad, sin embargo no considera adecuado que esta protección se conceda a través de la reparación de la vulneración de los derechos fundamentales dotando de legalidad un contrato nulo; por otra parte, el hecho de que la ilicitud del contrato no se encuentra fundada en el que el trabajo sexual sea contrario a la moral o porque sea intrínsecamente indigno, sino en el hecho de que se preste «(...) en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación y (...) sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes de empresario (...) resulta contraria a la dignidad humana».<sup>186</sup> Por ello, reconocer a esta actividad como una prestación de trabajo reduce uno de los aspectos más íntimos de una persona a un objeto, lo cual atenta contra varios derechos: la dignidad humana, la libertad sexual y la intimidad.

Desde nuestro punto de vista, la evolución de la doctrina judicial española tendente a centrar la ilicitud de la prostitución por cuenta ajena en el hecho de que esta actividad no puede estar sometida a la dirección de una empresaria es correcta, en la medida en que se realiza un análisis objetivo y circunscrito en el ámbito de protección de la norma. No obstante, no podemos desconocer que este es un fenómeno que ocurre en

---

<sup>185</sup> STSJ CAT 8972/2019, Sala de lo Social, 11 de noviembre de 2019, R. de suplicación No. 2647/2019, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech.

<sup>186</sup> Tomado de la sentencia de 11 de noviembre de 2019 dictada por el TSJ de Cataluña

la actualidad y que se seguirá produciendo, lo cual nos genera más interrogantes encaminadas a establecer.

¿Y si, pese a que la prostitución por cuenta ajena no está reconocida como una relación laboral, las personas que se dedican a ello tienen derecho a recibir una remuneración? Esta interrogante puede ser contestada si aplicamos de forma analógica el mismo tratamiento que le da la legislación a los contratos que son declarados nulos. Sí sería procedente que las personas que se dediquen a desempeñar esta actividad reciban la contraprestación monetaria pactada por el trabajo efectivamente realizado, ya que caso contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa por parte de quien finge como empleador.

No debemos olvidar que el enriquecimiento sin causa se genera cuando existe el desplazamiento patrimonial de una parte con perjuicio a la otra, sin que exista un vínculo jurídico que lo permita. En este caso nos encontraríamos ante un posible supuesto de esta figura, debido a que no existe contrato de trabajo válido. Sin embargo, una de las partes ya realizó la actividad y la otra ya obtuvo el beneficio de esta, de manera que, si no le paga por la actividad efectivamente realizada, se estaría enriqueciendo a costa del otro. En este escenario nos encontramos ante un claro caso de un cuasicontrato imperfecto en el que prima la voluntad, pero no encuentra amparo en el derecho.

Debemos tener claro que los instrumentos internacionales, así como los argumentos vertidos en las sentencias materia del análisis, están encaminados a la protección última de la dignidad del ser humano, de tal forma que, si no se aplica esta solución analógica, se está generando que la persona efectivamente forme parte de una esclavitud moderna, ya que realiza una actividad sin recibir la contraprestación pactada. Esto se termina convirtiendo en una forma de proteger a este grupo humano.

Nosotros no estamos de acuerdo ni compartimos el criterio de que la prostitución se deba reconocer como una relación laboral válida, ya que la línea que lo distingue de la explotación sexual es muy fina. Sin embargo, consideramos que el hecho de que la norma solamente se limite a declarar la nulidad de este tipo de contratos en nada resuelve el verdadero problema. No por el hecho de declarar la nulidad de un instrumento jurídico se logra que la actividad se deje de realizar; más bien la desregulación ocasiona abusos y mantiene como clandestina una actividad que, lamentablemente, es muy común y antigua.

Por ello, según Burriel Rodríguez-Diosdado (2017, p. 16), el hecho de otorgar una protección mínima a las personas que ejercen la prostitución no implica que se deje de lado la intención de erradicarla u olvidar los peligros y consecuencias que generan para estas; no obstante, les deja en un estado de indefensión absoluta, ya que no tienen la posibilidad de exigir de ninguna forma el cumplimiento de ciertas obligaciones a las que tendrían derecho si su contrato fuera válido, de manera que se podría permitir que se agrupen en cooperativas.

En este sentido, por más que no compartamos el criterio de que dotar de validez a este contrato de trabajo es la mejor manera de proteger sus derechos, creemos que es el único que podría brindar una solución inmediata, sin que esto exima el real compromiso del Estado por erradicar estas actividades. Además, somos conscientes de que abrir esta posibilidad podría implicar una permanencia en el ordenamiento jurídico, lo cual consideramos que no es óptimo.

Para finalizar con este análisis, y únicamente con el propósito de indicar la postura que ha tomado el Ecuador al respecto, debemos señalar que, al igual que en el caso español, tampoco existe ninguna regulación que la reconozca como una actividad laboral. Tampoco es considerada como un delito, ya que lo que se encuentra penado es la explotación sexual y la trata de personas, de conformidad con el art. 190 del COIP.

Lo que resulta importante es que, a través del Acuerdo Ministerial n.º 4911 de 3 de julio de 2014<sup>187</sup>, dictado por el Ministerio de Salud Pública (en adelante, MSP), se han regulado los establecimientos donde se ejerce el trabajo sexual. Estos deberán obtener un permiso de funcionamiento otorgado por la Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria para operar legalmente.

De la misma manera, con el Acuerdo Ministerial n.º 109 de 4 de agosto de 2017<sup>188</sup>, dictado por el MSP, se estableció un manual de atención integral en salud a personas que ejercen el trabajo sexual en el que se imponía la obligación de que para ejercerlo, estas personas debían obtener una tarjeta de salud integral, previa la realización de exámenes médicos que acreditaran que no eran portadoras de enfermedades venéreas.

---

<sup>187</sup> Publicado en el Registro Oficial 301 el 31 de julio de 2014

<sup>188</sup> Publicado en el Registro Oficial Edición Especial 66 de 23 de agosto de 2017.

Aunque en estos instrumentos no se establece de forma clara si esta actividad debe ser realizada por cuenta propia o por cuenta ajena, lo cierto es que fácticamente sí se está realizando un reconocimiento de la legalidad de la prostitución por cuenta ajena, siempre que se ejerza en los establecimientos destinados para el efecto, los prostíbulos.

En este sentido, debemos señalar que en el país no se han producido pronunciamientos recientes, salvo error u omisión por nuestra parte, respecto al reconocimiento de una relación laboral cuyo objeto contractual sea la prostitución. Sin embargo, sí hemos podido encontrar que la CSJ dictó una Sentencia el 4 de junio de 1974<sup>189</sup> en el que se determinó que este tipo de contratos son nulos basándose en que:

«(...) no debe pasarse por alta la exigencia del Art. 89 del Código del Trabajo sobre la licitud en la prestación, de servicios personales ante la admisión del actor en su escrito de fs. 13, respecto a que la Pensión Acapulco ha sido, en realidad, casa de tolerancia o lo que suele denominarse, en la nomenclatura especializada, "pensión para pasajeros sin maleta" y ante dicha evidencia, tampoco cabe subsumir los servicios de esta laya en el Art 89 del Código del Trabajo ni bajo sus garantías».

Si bien es cierto que la sentencia citada sanciona este contrato con la nulidad, se debería tener en consideración el escenario social y legal del país en 1974, y que a partir de entonces se ha producido una evolución en el pensamiento respecto a estas actividades. Además, hay que tener en cuenta que este pronunciamiento no constituye jurisprudencia obligatoria, sino meramente un referente jurisprudencial, por lo que habrá que esperar a que se someta un hecho de esta naturaleza a conocimiento de la CNJ con el fin de conocer su postura, y poder así determinar si encaja o no, en nuestro estudio, a un caso de enriquecimiento injusto en materia laboral.

### **3.3.2.1.1.2.1.3. Por causa ilícita**

En la primera parte de este trabajo hicimos un análisis extenso respecto a la causa de los contratos en el derecho civil en el cual pudimos observar que este elemento ha sido estudiado desde diversas corrientes doctrinarias como la causalista, la anticausalista y la neocausalista, así como desde la perspectiva de los negocios jurídicos causales y abstractos. Pudimos concluir que la legislación española y la ecuatoriana coincidían con la corriente causalista, por cuanto la causa consiste en el

---

<sup>189</sup> STS s/n, Sala Laboral, 4 de junio de 1974, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicado en la Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 6. Pág. 1170.

móvil, los motivos o las intenciones en virtud de las cuales las partes contratantes aceptan a obligarse, de manera que, si la causa es ilícita, errónea o falsa, el negocio jurídico estaría inmerso en una causal de nulidad.

Tomando como punto de partida que la corriente causalista era la que regía los dos ordenamientos jurídicos en estudio, establecimos que la causa en los contratos de trabajo es un elemento indispensable para la existencia y validez de estos, ya que consiste en el motivo o la finalidad de las partes para suscribirlo, es decir, las razones de creación y subsistencia del vínculo jurídico. Por ello este elemento difiere si lo analizamos desde la perspectiva del titular de la empresa o de la persona trabajadora.

Para la persona titular de la empresa, la causa del contrato laboral se circunscribe, principalmente, a la obtención de los beneficios de la actividad de la persona trabajadora, mientras que para la persona trabajadora consiste en la obtención de la remuneración correspondiente al servicio que realiza. Pero no debemos olvidar que, para el Estado, los contratos de trabajo también tienen una causa. Según Montoya Melgar (2012, p. 304), es la función económico-social que el ordenamiento jurídico busca para este contrato en específico.

En el caso de Ecuador y España, como vimos en el análisis de la definición del derecho al trabajo, el contrato de trabajo tiene una función económica, por ser considerada como base de la economía, y a la vez una función social, porque la causa es considerada como una fuente de realización personal en la que se busca satisfacer las necesidades personales y familiares de la persona trabajadora.

Por ello, la causa es un elemento que no solo tiene relevancia para las partes participantes del negocio jurídico llamado contrato de trabajo, sino que influye de manera directa en los aspectos económicos y sociales propios de la configuración del Estado.

En este epígrafe debemos ahondar un poco más en las causas del contrato de trabajo que generan vicios de nulidad por ser ilícitas, erróneas o falsas.

Al hablar de causa ilícita debemos circunscribirnos a aquella que es contraria a la ley, es decir, aquella intención que tienen las partes para celebrar contratos de trabajo contrarios a derecho. Por ello, la causa no puede ser estudiada de forma aislada, sino que está estrechamente atada al objeto ilícito del contrato, ya que la intención se ve plasmada en la actividad que se realiza. Para entender en profundidad este punto,

pues, debemos remitirnos al epígrafe anterior, en el que estudiamos el objeto ilícito de los contratos.

En cuanto a la causa falsa del contrato de trabajo, tenemos dos supuestos evidentes: la simulación y el fraude. Son dos figuras que analizaremos en profundidad en el capítulo III. Podemos adelantar que el fraude es una acción contraria a la verdad en la que se busca vulnerar y lesionar derechos de terceros, sin caer en una contravención frontal o directa de la ley. La actuación de una persona debe ser maliciosa y tender a la obtención de un resultado dañoso para otra persona. Por su parte, la simulación es una ficción de la realidad en la que se muestra una cosa que no existe, es decir, se genera una contradicción entre apariencia y realidad que se logra utilizando actos jurídicos aparentes con el objeto de ocultar los verdaderos actos jurídicos que se están realizando, de manera que en estos supuestos resulta evidente que la sanción que les corresponde es la nulidad absoluta.

Al hablar de error en los contratos de trabajo podemos encontrar varios supuestos a los que vale la pena referirse, con el objeto de establecer si existe una relación con la causa de los contratos y de qué tipo.

En primer lugar, encontramos el error en las fechas de contratación: la persona comienza a prestar sus servicios en una fecha determinada, pero en el contrato de trabajo y en el alta a la Seguridad Social se refleja una fecha posterior. En este caso, no consideramos que el error cometido sea lo suficientemente grave como para generar la nulidad del contrato de trabajo (de llegarse a generar un conflicto, se puede aplicar el principio de supremacía de la realidad para resolverlo); no obstante, consideramos que este sí es un elemento que puede influir con el consentimiento de las partes para suscribir el contrato de trabajo, específicamente con la de la persona trabajadora, ya que a partir de la fecha en que empieza a cotizar a la Seguridad Social o desde que se refleja en el contrato comienzan sus beneficios sociales y a contabilizarse su antigüedad, por lo que podría generarse un detrimento en sus derechos. Pero este tipo de daño no alcanza a configurarse en un enriquecimiento injusto, sino únicamente en la forma de integración del contrato de trabajo.

En segundo lugar, encontramos el error en la clasificación profesional: el titular de la empresa clasifica a la persona trabajadora en una categoría distinta a la que debería, con la intención de pagarle un salario inferior. En este caso, no hemos podido encontrar, salvo error u omisión de nuestra parte, ningún pronunciamiento judicial que

lo sancione con la nulidad del contrato. Al igual que el supuesto anterior, estamos frente a una mala configuración del contrato de trabajo, que, pese a que genera un detrimento en el patrimonio de la persona trabajadora, lo cierto es que no reúne los requisitos necesarios para convertirse en un enriquecimiento injusto.

Este tipo de error, tal como se explicó anteriormente, podría ser subsanable por medio de la aplicación del principio de supremacía de la realidad, a través del cual resulta fácil acreditar que el tipo de actividad que se realizó por parte de la persona trabajadora corresponde a una categoría profesional distinta de aquella en la que se le catalogó, lo cual desde nuestro punto de vista sí incide en la causa del contrato, ya que la persona trabajadora lo celebra con el objeto de obtener una remuneración que, si bien en este caso no desaparece, lo cierto es que se ve disminuida.

En este sentido, consideramos que, pese a que existe este error en el contrato de trabajo, la sanción de nulidad no es la adecuada, ya que no le aporta una solución al problema jurídico. La solución sería mantener vigente el contrato de trabajo y obligar al titular de la empresa a hacer una correcta clasificación profesional que esté bajo la supervisión del ente administrativo correspondiente, como puede ser el Ministerio del Trabajo. En el caso de España, este supuesto tiene una solución relativamente fácil, en la medida en que las empresas están obligadas a aplicar la clasificación profesional del convenio, ya sea que les favorezca o no. En cambio, en el caso de Ecuador esto resulta más difícil, ya que la clasificación la realiza unilateralmente la empleadora.

En tercer lugar, encontramos errores en cuanto a las condiciones de trabajo tales como el periodo de prueba o la duración de las vacaciones: las empresas hacen constar en el contrato de trabajo condiciones menores que las fijadas en la ley. En este caso la solución es bastante fácil y consiste en lo que vimos anteriormente respecto a los principios de la relación laboral, específicamente en el principio de favorabilidad, en la medida en que el contrato solo puede mejorar al convenio o a la ley, pero no empeorarlo, por lo que cualquier disposición que contenga una condición desfavorable será inaplicable. En estos supuestos tampoco nos encontramos ante un enriquecimiento injusto ni ante una causal de nulidad, por lo que este error no afecta a la causa de configuración del contrato de trabajo.

Podemos concluir que la causa en los contratos de trabajo debe ser analizada desde la perspectiva del titular de la empresa y de la persona trabajadora, difiere en función de cada uno de ellos, dejando claramente establecido que la causa es el motivo, el fin

y la razón por los que las partes celebraron el contrato de trabajo. Por esto, para que este contrato sea nulo se requiere que la causa sea ilícita o falsa, ya que la causa errónea tiene más relación con la mala configuración del contrato y con un vicio de la voluntad que con el fin último de los contratantes.

#### **3.3.2.1.1.2.2. Contratos laborales de nulidad relativa/ anulabilidad**

Los contratos laborales que tengan un vicio que acarree una nulidad relativa, es decir, que sea capaz de subsanarse, son contratos que han nacido a la vida jurídica y que producen efectos para las partes.

De la misma manera, como se explicó anteriormente, la persona trabajadora, en el caso de Ecuador, es la única que cuenta con legitimación activa para promover la acción de nulidad, lo cual implica que no se pierden los derechos económicos que, por el desempeño de su actividad, hubiera generado. Los contratos que pueden ser susceptibles de esta nulidad son aquellos que no hubieran observado las formalidades legales requeridas o aquellos cuyos vicios sean subsanables.

No consideramos importante ahondar en cada uno de ellos, ya que estos vicios son subsanables, lo que implica que, en el momento en que desaparezcan, el contrato de trabajo podrá nacer en la vida jurídica de forma perfecta y sus efectos surtirán de forma plena al igual que los contratos que nacieron perfectos. Aunque fueran declarados nulos, la ley de ambos países es clara al determinar que las personas trabajadoras tienen derecho a cobrar la remuneración por los trabajos y ejecutados.

La sanción de nulidad relativa de los contratos de trabajo no resulta tan relevante para este estudio, ya que, si los vicios son subsanados, las obligaciones son de fuente contractual; pero si estos no fueren subsanados, sí pueden dar cabida, dependiendo del caso, a que su origen sea cuasicontractual.

#### **3.3.2.1.1.2.3. Contratos laborales de nulidad sobrevenida**

En la primera parte de esta tesis, cuando analizábamos la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, no mencionamos que la nulidad de los mismos puede ser de dos tipos: la primera es una nulidad originaria, es decir, que se produce desde el nacimiento del contrato; la segunda es una nulidad sobrevenida y consiste en que el contrato nace válido, pero ocurre un hecho posterior que lo convierte en nulo.



En este epígrafe hemos querido analizar un supuesto en el cual un contrato de trabajo que nació válido, luego de un suceso ajeno a las partes, se convirtió en nulo. Este caso ocurrió en Ecuador y refleja claramente el supuesto de una nulidad sobrevenida, por lo que hemos decidido analizarlo únicamente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En Ecuador los juegos de azar practicados en casinos y casas de apuestas se desarrollaron de manera legal durante aproximadamente 50 años. En los datos proporcionados por la Asociación de Casinos del Ecuador existían más de 32 casinos y 15 bingos, que daban empleo directo a 3.200 personas. Existían 121 salas de juego ilegales, que a su vez generaban 3.378 empleos directos. Además, de datos obtenidos por el Servicio de Rentas Internas, en el 2010 los casinos pagaron 10 millones de dólares en impuestos y realizaron más de 180 millones de dólares en inversión relacionada con la adquisición de máquinas, instalaciones e infraestructura.

Estas cifras reflejan que era una actividad muy rentable y que a su vez generaba un impacto importante en la economía. Sin embargo, el 17 de enero de 2011, el entonces presidente de la República, Rafael Correa Delgado, presentó el oficio n.º 5715-SNJ-11-55 ante la Corte Constitucional, en el que se realizaba un pedido de dictamen para convocar a consulta popular. En esta el pueblo podría expresar su opinión respecto a asuntos relevantes para la nación, entre los cuales se encontraba una pregunta encaminada a prohibir los juegos de azar con fines de lucro. La Corte Constitucional emitió dictámenes favorables el 15 de febrero de 2011 en los que declaró constitucional la consulta popular y las preguntas que se iban a formular. El 7 de mayo de 2011 se llevó a cabo este proceso y el 52,33%<sup>190</sup> de la población se pronunció a favor de que se prohibieran los negocios dedicados a los juegos de azar en el país, por lo que este objeto se convirtió en ilícito.

En este sentido, ¿qué pasó con todos los contratos de trabajo que se habían celebrado en esta rama de actividad?

Los contratos de trabajo que nacieron cuando tal actividad era legal en el país pasaron de ser válidos a contener un vicio de nulidad absoluta, por cuanto su objeto era ilícito. Este no podía ser subsanado en virtud de que la ilegalidad de la actividad provenía no solo de un mandato popular, sino de que se había instrumentalizado a través del

---

<sup>190</sup> Los resultados de cada pregunta se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/924-cne-resentaresultadosnumericosdereferendun-yconsulta-popular011>

Decreto Ejecutivo 873 de 9 de septiembre de 2011, que se publicó en el Registro Oficial Suplemento 536 de 16 de septiembre de 2011.

La consecuencia jurídica de la consulta popular fue generar una nulidad de pleno derecho de los contratos de trabajo en esa rama; sin embargo, desde el Ministerio del Trabajo esta problemática fue abordada como un caso de terminación de contrato de trabajo, lo cual desde nuestro punto de vista, además de ser incorrecto desde el punto de vista jurídico, también generó muchos problemas respecto a cómo se los debía dar por terminados y qué valores debían contener los finiquitos.

En este punto entran en colisión dos normas del CT respecto a la terminación legal e ilegal del contrato de trabajo, que son las que se analizaron para contestar estas interrogantes.

Por una parte, tenemos el número 6 del art. 169 del CT, que regula las formas legales de terminación de los contratos de trabajo. Establece que los contratos de trabajo podrán terminar «(...) por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que, previsto, no lo pudieron evitar». De ser aplicable esta disposición, la liquidación únicamente debería contener los que se denomina *derechos adquiridos*: remuneraciones pendientes, décimos, horas extras y vacaciones.

Por otra parte, encontramos el art. 188, en el que se establece que la persona titular de la empresa que despida intempestivamente al trabajador será condenado a indemnizarlo con dos rubros adicionales a los derechos adquiridos, que consisten en la indemnización por despido intempestivo que se calcula, de forma general, en un mes de remuneración por cada año de servicio<sup>191</sup>, y la bonificación por desahucio, que se calcula basándose en la última remuneración recibida, que consiste en el 25% de cada remuneración por cada año de servicio; es decir, la indemnización que recibe la persona trabajadora por esta forma ilegal de terminar el contrato es sustancialmente más elevada que aquella que recibiría si fuera una terminación legal.

En este sentido, debemos mencionar que esta problemática jurídica nunca fue llevada a la decisión judicial, ya que fueron dos órganos del ejecutivo consistentes en el

---

<sup>191</sup> Esta indemnización tiene la limitación del tiempo de servicio, de manera que si el trabajador ha desempeñado su actividad hasta 3 años, le corresponde una indemnización equivalente a tres meses de remuneración, de más de tres años a un mes de remuneración por cada año de servicio, con un máximo de 25 meses.

Ministerio del Trabajo y la Superintendencia de Compañías quienes se encargaron de resolverlo. La decisión que ambas entidades tomaron fue, desde nuestro punto de vista, totalmente equivocada y respondía a una agenda política que estaba lejos de aplicar el derecho, ya que su resolución consistió, por una parte, en considerar que el contrato de trabajo había terminado de forma ilícita, por lo que las empresas debían liquidar a sus trabajadores pagándoles los derechos adquiridos y las indemnizaciones de ley; y por otra obligar a las empresas a cerrar definitivamente o en su defecto a modificar su objeto social para realizar otra actividad, e igual estaban obligadas a liquidar a sus trabajadores basándose en el despido intempestivo.

Desde nuestro punto de vista, la forma correcta de solventar el problema consistía en establecer que los contratos de trabajo se habían convertido en nulos, por lo que a partir de ese momento dejaban de tener efectos jurídicos. De esa manera, lo único que se debía reconocer a las personas trabajadoras eran los derechos que se habían generado por el trabajo efectivamente realizado, debido a que esta nulidad no fue causada por una de las partes, sino por la voluntad popular plasmada en una ley,

No obstante, en el caso de que se hubiera querido abordar esta temática como una terminación del contrato de trabajo, lo procedente era aplicar el número 6 del art. 169, ya que la promulgación de una ley es lo más parecido a algo fortuito en este caso, y además cumplía con los requisitos de que no fuera atribuible a ninguna de las partes y que no se la podía prever. Por ello de igual manera el total del finiquito era el mismo, ya que solo se les debía pagar los derechos adquiridos.

En nuestro criterio, la manera como se resolvió este caso por parte del Ministerio del Trabajo, en lugar de proteger los derechos de las personas trabajadoras, generó un caso evidente de enriquecimiento sin causa, derivado de la aplicación de una norma que no era aplicable al caso concreto. Las personas trabajadoras que se desempeñaban en la rama de los juegos de azar no habían sido despedidos por parte de sus empleadores, quienes por el contrario tenían la firme intención de continuar con sus empresas, por lo que no existió la voluntad de ninguno de ellos de querer dar por terminado el vínculo jurídico que los unía. Por el contrario, la ley es la que destruye el vínculo jurídico. Como consecuencia, el Ejecutivo genera un desplazamiento patrimonial (indemnización) a favor de las personas trabajadoras, quienes no estaban amparados por ninguna disposición aplicable que les hiciera legítimos acreedores de esta.

Consideramos que este es un supuesto en el que resulta evidente la configuración de un enriquecimiento sin causa por parte de las personas trabajadoras. Habría sido muy interesante que se sometiera a decisión del órgano judicial, a fin de verificar su aplicación en el derecho laboral.

#### **3.3.2.1.1.2.4. Otros casos**

En este epígrafe hemos querido estudiar una figura que, si bien no se enmarca en la nulidad del contrato de trabajo, sí es una fuente de obligaciones de origen contractual: la denominada *tratos preliminares* o *precontrato de trabajo*. Antes de analizar el concepto y los alcances de esta, es necesario recordar que el contrato de trabajo, por naturaleza, es de tipo consensual, es decir, basta con la exteriorización de las voluntades para que nazca. De esa manera, si no existe el consentimiento de las partes respecto a los elementos del contrato o, al menos, respecto a la prestación del servicio y la remuneración, no se puede hablar de que ha nacido una relación jurídica que los vincule.

Antes de la celebración del contrato existe un proceso de negociación, durante el cual el titular de la empresa realiza una oferta de trabajo que contiene determinadas condiciones. El potencial trabajador está en aptitud de negociarlas o adherirse sin hacer ningún requerimiento especial. Una vez que las condiciones de trabajo se hayan acordado, las partes pueden realizar una promesa de celebrar un contrato de trabajo.

Esta figura la encontramos en el ordenamiento español. Según explica Mella Méndez (2010, pp.13,14), la misma tiene únicamente un desarrollo doctrinario y jurisprudencial, mas no legal, por lo que su tratamiento y análisis se ha desarrollado a partir de la teoría general de los contratos. En este sentido, consideramos que existe una figura en el derecho civil que podría perfectamente servirnos como análoga: el contrato de promesa de compraventa.

Por una parte, el precontrato de trabajo, según Rodríguez Izquierdo (2012, pp.504-505), es un acuerdo que se da en fase *negocial (sic.)*, o sea, en la fase previa a la celebración del contrato laboral, cuyo objeto consiste en que una parte se compromete a dar trabajo y la otra a aceptarlo en un futuro, generando obligaciones futuras. La principal obligación consiste en celebrar el contrato de trabajo en las condiciones establecidas en la fase negocial y que, si se llegasen a incumplir, se pueden generar daños y perjuicios y, como consecuencia, la reclamación de una indemnización. De la

misma manera, en el contrato de promesa de compraventa existe una fase negocial previa cuyo objeto es que una de las partes se comprometa a vender el bien y la otra a comprarlo, de manera que, si se llega a incumplir, se puede hacer efectiva la cláusula penal como indemnización.

Los requisitos para que exista un precontrato de trabajo son, como en cualquier otro caso, la oferta y la aceptación. Mella Méndez (2010, pp. 35-79) y Sánchez Rodas (2010, pp. 71-81) desarrollan cada una de estas. Establecen que la oferta de trabajo, generalmente, se da por la empresa, hacia una persona trabajadora en dos situaciones:

- i. Si la persona trabajadora es, en ese momento, ajena a la empresa, ya que se busca incorporarlo a la plantilla.
- ii. Si la persona trabajadora ya forma parte de la empresa, pero se va a generar una transformación en su modalidad contractual, que podría provocar un cambio de categoría o ascenso.

Esta oferta, para que pueda obligar a la persona titular de la empresa, debe ser efectuada directamente por el mismo o por la persona en quien este delegue y estar encaminada a fijar los datos esenciales y los elementos del futuro contrato. En este sentido, Mella Méndez (2010, p.45) detalla que esta figura cuenta con las siguientes características:

- i. La flexibilidad en la propuesta, lo cual implica que se pueda realizar de forma verbal, escrita o a través de cualquier medio existente.
- ii. La oferta debe ser firme y clara, es decir, que refleje el ánimo de obligarse y con la intención de llegar a celebrar un contrato de trabajo.
- iii. La oferta puede ser revocada antes de que se brinde la aceptación por parte del futuro trabajador.
- iv. El contenido de la oferta debe cumplir parámetros mínimos en el que consten al menos la prestación y el salario, es decir, las principales obligaciones que deben realizar las partes.

La aceptación es el segundo elemento fundamental para que nazca el precontrato, una vez que el futuro trabajador acepta la oferta, por lo que esta debe ser clara, ya sea expresa o tácita, siempre. Basta con que no genere ninguna duda de su compromiso de celebrar el contrato.

Al analizar las obligaciones de las partes en el precontrato de trabajo como en la promesa de compraventa, podemos advertir que se trata del mismo supuesto, en la medida en que en el precontrato de trabajo estamos ante obligaciones de *hacer*, ya que las partes se comprometen a celebrar un contrato de trabajo, y de igual forma en la promesa de compraventa, ya que la obligación de ambas consiste en un *hacer* que implica la celebración del contrato.

Por todo ello, podemos concluir que el precontrato de trabajo es propiamente un contrato, ya que cumple con todos los requisitos necesarios para su formación, de tal manera que todas las obligaciones que nacen (la promesa de dar trabajo y la promesa de aceptarlo) tienen como fuente un contrato. De la misma manera, la obligación de indemnizar por daños y perjuicios a quien lo incumpla puede ser de tipo contractual, si se pacta una cláusula penal como en el caso de la promesa de compraventa; o de carácter extracontractual, si no se establece en el propio instrumento, al igual que ocurre en materia civil con la indemnización de daños y perjuicios.

En este caso, pese a que exista una obligación de indemnización por los daños causados como consecuencia de un incumplimiento, no se puede hablar de que esta se encuadre en un enriquecimiento injusto, ya que en el precontrato de trabajo sí existe un vínculo jurídico que une a las partes. La indemnización prevista como incumplimiento se asimila a la de una cláusula penal y no como consecuencia de un desplazamiento patrimonial.

La indemnización por el incumplimiento del precontrato de trabajo, si no está fijada en el propio documento, como se señaló anteriormente, debe seguir la teoría general de las obligaciones en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios. Se debe contemplar el daño emergente, que consiste en los gastos de desplazamiento al centro de trabajo en que incurre la persona trabajadora para realizar las entrevistas o si como consecuencia de esta oferta perdió su anterior empleo; y el lucro cesante, que consiste en los salarios que tenía previsto percibir la persona trabajadora con su nuevo puesto de trabajo y que finalmente nunca percibió; ahora bien, resulta evidente que, para que la persona trabajadora se haga acreedora de esta indemnización, debe estar en capacidad de acreditar este perjuicio frente al órgano judicial.

Desde nuestro punto de vista, para que se asegure el derecho a la indemnización por incumplimiento del precontrato de trabajo resulta indispensable que forme parte de este, ya que el hecho de someterlo a la decisión de un juez genera una serie de

dificultades probatorias para las partes, en la medida en que no es fácil acreditar elementos como los gastos de desplazamiento para realizar las entrevistas. Aun en el caso de que lo llegara a probar, el valor que le correspondería por indemnización dependería enteramente de la valoración del juez. Además, no hay que olvidar que un proceso judicial es, de por sí, muy costoso.

Según las Sentencias de 30 de octubre de 1998<sup>192</sup> y 15 de marzo de 1991<sup>193</sup>, dictadas por el TS español, la procedencia de estas indemnizaciones no es de tipo extracontractual, sino de carácter contractual, por cuanto el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un precontrato de trabajo son de naturaleza contractual, porque sus elementos y su configuración nace de un acuerdo de voluntades. Es por ello que no puede ser un supuesto donde el enriquecimiento injusto tenga cabida.

Una vez que hemos analizado de manera general la teoría de la invalidez de los actos jurídicos desde la perspectiva del derecho laboral y hemos tenido la oportunidad de analizar varios casos en los que se genera una inexistencia y nulidad de los contratos de trabajo, podemos concluir que las obligaciones de restitución que nacen como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del vínculo jurídico entre trabajador y empleador son de tipo cuasicontractual. En ciertos casos responde a la consideración de estas como un enriquecimiento sin causa, ya sea por parte de la persona trabajadora o del titular de la empresa. En el caso de los contratos de trabajo viciados de nulidad relativa, hemos establecido que las obligaciones que nacen de ellos son de tipo contractual, porque estos vicios son subsanables y dan la posibilidad de que el contrato de trabajo nazca de forma perfecta.

Podemos establecer que todas las obligaciones que se generan en un contrato de trabajo viciado de nulidad absoluta son cuasicontractuales, mientras que aquellas que se generan en una nulidad relativa son contractuales (siempre que puedan ser subsanados) y aquellas obligaciones que se derivan de un contrato perfecto, así como de un precontrato de trabajo, son evidentemente contractuales.

En el siguiente epígrafe analizaremos los motivos por los cuales se afirma que las obligaciones derivadas de un contrato nulo no pueden ser consideradas como obligaciones de tipo extracontractual.

---

<sup>192</sup> STS 16555/1988, Sala de lo Social, 30 de octubre de 1988, R. de casación no. 1660, Ponente: Juan García Murga Vásquez.

<sup>193</sup> STS 1547/1991, Sala de lo Social 15 de marzo de 1991, R. de casación no. 218, Ponente: Juan Antonio del Riego Fernández.

### **3.3.2.2. Enriquecimiento injusto extracontractual por la relación al derecho de daños**

Para abordar el estudio de las obligaciones extracontractuales necesitamos antes referirnos al régimen de las responsabilidades civiles. Al hablar de responsabilidad podemos encontrar otras acepciones relacionadas que se utilizan para referirse a ella, tales como 'responder', 'reparar' o 'restituir', en las que se encuentra inmersa la obligación de indemnizar por los daños personales o patrimoniales que se hubieran producido como consecuencia de actos u omisiones culposos o negligentes que no estén penados por la ley.

En la primera parte de esta tesis no hicimos mención de la responsabilidad civil, por lo que a continuación la analizaremos brevemente, para estudiar este tipo de responsabilidades desde el ámbito laboral.

La definición de responsabilidad civil no es unánime para los doctrinarios, cada uno de los autores decide darle énfasis a uno o varios elementos. Para Reglero Campos (2008, p. 52), la imputación es el elemento más importante de la responsabilidad civil, ya que la responsabilidad del sujeto respecto al incumplimiento de un deber o de una obligación o del daño depende de que esta le sea imputable. Yzquierdo Tolsada (2001, p.109) establece que el elemento esencial de la responsabilidad civil es el factor de atribución, es decir el nexo causal, que consiste en justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio. Por su parte, Concepción Rodríguez (1999, p.39) señala que el daño causado es el elemento determinante para la responsabilidad civil.

Si se toman estas definiciones podemos determinar que la responsabilidad civil busca restablecer el equilibrio económico generado por el daño causado al patrimonio de un sujeto, lo que en principio se podría equiparar a la figura del enriquecimiento injusto, presenta muchas similitudes; ahora bien, el hecho de que tengan un fundamento similar no implica que sean lo mismo o que se configure en todos los casos. Por ello resulta indispensable referirnos a los distintos tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual), a fin de establecer los supuestos en los que podría resultar aplicable.

En primer lugar, debemos iniciar el estudio con la responsabilidad contractual, que es aquella que se genera como consecuencia de los daños que por incumplimiento o



cumplimiento defectuoso del contrato haya provocado una parte a la otra, lo que implica necesariamente la existencia de un contrato.

En el acápite anterior, cuando nos referíamos a que los contratos de trabajo podían ser perfectos o viciados de nulidad, afirmamos que el enriquecimiento injusto es un supuesto que sí se puede dar en un contrato perfecto. Además, sostuvimos que el único caso en el que este se puede configurar era en el incumplimiento de obligaciones de las partes, ya que a raíz de estos nacía la obligación de restitución del patrimonio afectado. Esta afirmación se hizo tomando como base tres elementos fundamentales: el daño, la restitución y el vínculo jurídico.

Para que se produzca una responsabilidad contractual es necesario que estén presentes esos tres elementos. En el caso del enriquecimiento injusto sí ocurre. Al hablar de daño, en el enriquecimiento injusto nos estamos refiriendo al desplazamiento patrimonial que ocurre entre las partes. Si nos centramos en la restitución, en el caso del enriquecimiento injusto, nos estamos refiriendo a la obligación de reparar el patrimonio del otro. Por último, en el caso del vínculo jurídico, nos referimos al contrato de trabajo.

Consideramos por ello que el enriquecimiento injusto en el contrato de trabajo se configura como una responsabilidad contractual que, ya sea por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de las obligaciones previstas en él, genera la obligación de reparar el patrimonio de la parte afectada.

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, estamos ante una figura que también genera la obligación de reparar el daño causado, es decir, comparte los elementos de daño y restitución de la responsabilidad contractual, pero difiere en el tercer elemento, que es el vínculo jurídico. La principal característica que separa la responsabilidad extracontractual de la contractual es el vínculo jurídico entre las partes, ya que en esta la responsabilidad nace de una relación jurídica entre dos personas que no se encuentran previamente unidas por un vínculo contractual.

En el derecho laboral no debemos confundir entre estos dos tipos de responsabilidades, ya que una cosa es la responsabilidad extracontractual entre empleadora y persona trabajadora, y otra diferente es la que se produce cuando el titular de la empresa genera una responsabilidad civil extracontractual frente a un tercero por el trabajo que desempeña la persona trabajadora. Un ejemplo de este último lo encontramos en la responsabilidad de un constructor respecto a un

transeúnte que fue lastimado por la caída de material de construcción que tuvo un manejo correcto por parte de la persona trabajadora.

En el caso de la primera, no hemos podido identificar, salvo error u omisión de nuestra parte, ningún caso en el que pueda dar una responsabilidad extracontractual entre empleadora y persona trabajadora, ya que estos están unidos siempre por un vínculo jurídico, ya sea perfecto o imperfecto, que es el contrato de trabajo. Por ello podemos sostener de este supuesto no es posible de configurar entre las partes de una relación laboral.

Para Montoya Melgar (2012, p. 277), la declaración de nulidad del contrato sitúa la relación laboral en un escenario extracontractual en el cual los efectos y los derechos pendientes de la persona trabajadora son de naturaleza extracontractual. Nosotros no estamos de acuerdo con esta postura, ya que, como hemos sostenido a lo largo de este epígrafe, es imposible asumir que existe una relación de prestación de servicios a cambio de una remuneración y con una cierta permanencia sin que exista un acuerdo de voluntades.

Por eso, aunque el contrato de trabajo sea declarado nulo, lo cierto es que las obligaciones que derivan de este son de tipo cuasicontractual imperfecto; por el contrario, si quisiéramos que estas obligaciones fueran de naturaleza extracontractual, necesitaríamos que se eliminase cualquier tipo de relación jurídica entre las partes y que permaneciese únicamente el daño, lo que es un escenario imposible en esta materia.

Por los argumentos vertidos a lo largo de este epígrafe concluimos que el enriquecimiento injusto en materia laboral como fuente de obligaciones se puede adecuar a diversas fuentes: la contractual, por la responsabilidad de las partes como consecuencia de detrimento patrimonial (daño) que se genera por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo; y en un cuasicontrato imperfecto, para aquella obligación de restitución de prestaciones que se produce, en casos específicos, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de trabajo, pero nunca en una responsabilidad extracontractual, ya que en esta no existe la relación jurídica necesaria para que opere.

### **3.4. El enriquecimiento injusto como acción en materia laboral**

En la primera parte de este trabajo se analizó el enriquecimiento injusto como acción desde la perspectiva de la teoría general del proceso. Afirmamos que la acción de enriquecimiento sin causa se enmarca en la teoría del derecho subjetivo material, en la que se considera que la acción es igual que la lesión de un derecho subjetivo, lo que justifica que el tipo de acción tenga el mismo nombre que el derecho que se reclama. De la misma manera, establecimos que la pretensión a satisfacer con la promoción de esta acción consiste en la restitución del valor en que se ha incrementado el patrimonio de uno en perjuicio del otro.

En cuanto a los extremos de la acción, entendidos como los hechos que deben probarse para demostrar que de ellos surge un derecho, mencionamos que, en el caso del enriquecimiento injusto, desde la construcción jurisprudencial era indispensable acreditar los siguientes extremos: a) el empobrecimiento de una parte participante en un negocio jurídico lícito; b) el enriquecimiento cuantificable de la otra parte; y c) la relación de correlatividad o también llamado nexos causal que sustente el daño, es decir, el desplazamiento patrimonial.

En cuanto a las características esenciales afirmamos que la principal de ellas es la subsidiariedad, ya que su procedencia está ligada a que no exista ningún otro medio de derecho, es decir, otra vía o procedimiento por el cual se pueda solicitar el cumplimiento de esa pretensión; ahora bien, el hecho de que esté limitada su promoción por vía directa no implica que no pueda ser promovida de forma conjunta con la acción prevista por la ley, siempre que estén relacionadas.

De igual forma, en el caso específico de los negocios jurídicos inválidos, la jurisprudencia española ha sido clara al manifestar que existe una improcedencia de la acción para aquellos casos en que el contrato no haya sido declarado nulo, ya que, al aceptar su procedencia, se estaría atentando contra la seguridad jurídica, debido a que el incumplimiento de obligaciones contractuales tiene otro tipo de acciones previstas por la ley (cumplimiento forzoso del contrato o, por ejemplo, rescisión).

La última característica de la acción está encaminada a regular elementos propios de la figura, más no del procedimiento, como en el caso de la inexistencia de elementos subjetivos, a saber, la mala fe o la negligencia con la que se causó el daño.

De conformidad a los elementos explicados anteriormente, existen varios puntos que deben ser tomados de la acción civil de enriquecimiento sin causa para construir la acción de enriquecimiento en materia laboral.

De manera previa, eso sí, resulta indispensable recalcar que la acepción correcta para referirnos a esta acción es la de enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de lo cual, como se ha manifestado anteriormente, tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan también la acepción de enriquecimiento injusto como si fueran sinónimos.

En el derecho laboral existen dos vías a través de las que se puede exigir la tutela de los derechos: la administrativa y la jurisdiccional.

En el caso de España, las reclamaciones por vía administrativa de las personas trabajadoras privadas se presentan ante la Inspección del Trabajo (en adelante, ITSS), a través de una denuncia, que es el órgano encargado de ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en esas materias.

En el caso de Ecuador, las reclamaciones administrativas de las personas trabajadoras públicas y privadas se presentan ante la Inspección del Trabajo (en adelante, ITE), un órgano dependiente del Ministerio del Trabajo cuyas facultades son: cuidar que se observen las disposiciones sobre seguridad e higiene en los locales de trabajo; velar por el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a empleadores y trabajadores; conceder o negar las peticiones de visto bueno, presentadas por trabajadores o empleadores; imponer multas de acuerdo con las normas del CT y del Mandato Constituyente 8, y realizar inspecciones en los centros de trabajo para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones del CT y demás normativa constitucional, legal o reglamentaria en materia laboral.

A nuestro criterio, la vía administrativa no es la idónea para reclamar un posible enriquecimiento sin causa, ya que, como vimos, esta es procedente para aquellos contratos que hayan sido declarados nulos. En los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales se podría hacer mención, pero en la práctica no se obtendría ninguna sanción que obligue a la restitución del daño, ya que las funciones propias de estos órganos están limitadas a vigilar el cumplimiento de las obligaciones y, en el peor de los casos, a la imposición de multas que en nada se asemejan a la obligación de restitución.

El hecho de que la vía jurisdiccional sea la idónea para conocer y resolver respecto a las reclamaciones que, por enriquecimiento sin causa, en cualquiera de sus vertientes, se pretenda ejercer, no implica que debamos olvidar los elementos básicos que se requieren para promover la acción.

En primer lugar, debemos ser conscientes de que la causa que genera el vínculo jurídico entre la persona empleadora y la trabajadora es precisamente el contrato de trabajo, de manera que, mientras este no sea declarado nulo o tenga vicios de nulidad que puedan ser alegados en juicio, todo desplazamiento patrimonial que se produzca no podría ser calificado como sin causa, ya que, como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, estos se encuentran amparados bajo una relación que goza de plena vigencia y efectividad.

En el epígrafe anterior sostuvimos que el enriquecimiento injusto también se puede configurar en un contrato de trabajo perfecto, es decir, en una relación jurídica amparada por el derecho que goza de plena vigencia y efectividad, de manera que cualquier reclamación producto del incumplimiento de obligaciones se enmarcaría en una responsabilidad contractual.

Tanto la legislación ecuatoriana como la española han previsto procedimientos especiales para hacer efectivas las reclamaciones laborales. En el caso de Ecuador están previstas en un único procedimiento sumario; en España existen varios procedimientos cuya procedencia depende de las prestaciones que se reclaman. Sin perjuicio de que cada uno de los países tenga un procedimiento específico para tramitar las reclamaciones laborales, lo cierto es que debemos basarnos en el desarrollo jurisprudencial civil, que fue citado en la primera parte de este trabajo, perfectamente aplicable al derecho laboral, en cuanto a que todo desplazamiento patrimonial que se genere a favor de unos, en detrimento de otros, cuyo fundamento esté en alguno de estos supuestos no podría ser reclamado de forma directa a través de una acción de enriquecimiento sin causa, sino que debería acompañar a aquellas prevista por la ley, y si no existiera ninguna, ahí sí procedería promoverla con carácter subsidiario.

Así mismo, si se toma en consideración que la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa pretende restituir el detrimento patrimonial generado a raíz de una relación laboral, se debe establecer un nexo causal inequívoco que determine

que tal incremento se produjo como resultado del trabajo en una relación jurídica sin causa.

Por lo expuesto anteriormente, la acción de enriquecimiento sin causa sí se podría promover, siempre y cuando no sea incompatible con aquellas que otorga taxativamente la ley, dejando la posibilidad de que la parte interesada decida si realiza un concurso de acciones o las presenta de manera acumulada.

A nuestro criterio, la acción de enriquecimiento sin causa es procedente de manera directa en casos muy específicos en los que no esté previsto una acción propia para la tutela del derecho. Sin embargo, también consideramos que es procedente si se promueve de forma conjunta con otras acciones, como en el caso de responsabilidades contractuales.

#### **3.4.1. Casos puntuales de acción de enriquecimiento sin causa en materia laboral.**

En la primera parte de este trabajo hicimos referencia a la mayoría de los pronunciamientos judiciales que se habían dictado en materia civil tanto en España como en Ecuador respecto a la acción de enriquecimiento sin causa. Llegamos a la conclusión de que estos son escasos, pese a que esta figura es propia de esta rama del derecho y que su origen se remonta al derecho romano. Ahora bien, si tenemos en cuenta que en materia laboral esta figura es relativamente nueva, también debemos ser conscientes de que en esta rama los pronunciamientos judiciales son casi inexistentes, lo que ha dificultado conocer el criterio que manejan los jueces en el momento de resolver estos casos. Sin embargo, hemos podido encontrar algunas sentencias en el ordenamiento jurídico mexicano que han resuelto casos específicos de enriquecimiento sin causa en materia laboral, los que nos han ayudado a comprender la viabilidad y los límites de esta y que consideramos podrían ser aplicables tanto en Ecuador como en España.

En cuanto a la procedencia de la acción de enriquecimiento ilegítimo en materia laboral, la Sala Auxiliar del Estado de México, en la sentencia dictada en abril de 1970<sup>194</sup>, determina que:

---

<sup>194</sup> Tesis aislada de rubro: "Enriquecimiento Ilegítimo, Improcedencia de la Acción de, en Materia Laboral (Legislación Del Estado De México)". Ponente: Salvador Mondragón Guerra

«(...) Resulta improcedente, en consecuencia, la acción de enriquecimiento ilegítimo deducida por el trabajador contra su patrón, pues entre ambos existe una relación laboral, de tal suerte que si éste último obtiene algún "enriquecimiento", el mismo es una consecuencia directa de la prestación de servicios derivada del contrato de trabajo, por la cual el obrero fue retribuido».

Este criterio refuerza el análisis realizado en el presente estudio al afirmar que, mientras el titular de la empresa cumpla con todas las obligaciones previstas por la ley, pero sobre todo con el pago de la remuneración por encima de los mínimos fijados por el Estado, no se puede hablar de enriquecimiento sin causa, ya que esta está pensada como la contraprestación equivalente a los servicios prestados.

Uno de los casos en los que mayores pronunciamientos hemos encontrado responde a si la condena por salarios caídos en el momento de calificar al despido como injustificado genera o no un enriquecimiento sin causa por la persona trabajadora.

La Sentencia dictada por la Cuarta Sala de la SCJN en abril de 1960<sup>195</sup> establece que la condena al pago de salarios caídos en los juicios laborales equivale al resarcimiento de los daños ocasionados por el despido injustificado del que fue víctima la persona trabajadora. Esta obligación, fijada en una sentencia, no puede configurarse como un enriquecimiento sin causa por parte de la persona trabajadora, ya que el salario era el único ingreso con el que podía contar la persona trabajadora en ese tiempo.

En este mismo sentido, la Sentencia de junio de 1974<sup>196</sup> dictada por el pleno de la SCJN, determina que:

«(...) no puede considerarse que al recibir el trabajador una indemnización que comprenda los salarios vencidos, obtenga un enriquecimiento ilegítimo o indebido; por el contrario, si por causa imputable al patrón, el trabajador queda súbitamente sin trabajo y por ende sin la remuneración que le corresponde y además se le somete a un juicio donde el patrón de antemano sabe que no va a justificar la causa del despido, es justo en protección de la clase trabajadora, que el patrón sufra la consecuencia de su actuación indebida».

Sin embargo, la Cuarta Sala de la SCJN, en la Sentencia de abril de 1958<sup>197</sup>, consideró que, si en el curso del procedimiento de laboral había terminado la vigencia

---

<sup>195</sup> Tesis aislada de rubro: "Daños y perjuicio, se equipara al pago de salarios caídos". Ponente: Ángel Carvajal

<sup>196</sup> Tesis aislada de rubro: "Salarios vencidos. No constituyen enriquecimiento ilegítimo para el trabajador". Ponente: Ezequiel Burguete Ferrera.

del contrato, se resolviese que el despido había sido injustificado. La reinstalación solicitada carece de materia, únicamente procede la condena de los salarios caídos a la vigencia del contrato, ya que hacerlo durante todo el tiempo que duró el proceso sí produciría un enriquecimiento sin causa por parte de la persona trabajadora.

En cuanto a la posibilidad de promover esta acción de forma conjunta con aquellas que ha previsto la ley para los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales, el Pleno de la SCJN, en la Sentencia de enero de 1963<sup>198</sup>, ha establecido que la acción denominada enriquecimiento ilegítimo que se funda en el Código Civil es en realidad una acción derivada del contrato de trabajo cuando un trabajador reclama la reinstalación en su trabajo, el pago de salarios caídos y el reconocimiento de su antigüedad en el empleo que desempeñaba, de manera que no existe ningún motivo para que se conozcan por autoridades diferentes.

Esta sentencia nos permite advertir que, por más que en el ordenamiento jurídico laboral no esté prevista la acción de enriquecimiento sin causa, y que por ende sea necesario fundarla en el Código Civil, no implica que pierda su origen en la relación laboral y por ello pueda ser promovida de forma conjunta con las acciones directas previstas por la ley.

Otro de los casos analizados consiste en el enriquecimiento sin causa del que puede ser víctima la persona trabajadora que no recibe el pago por aquellas horas extras que sobrepasan los límites establecidos en la ley, a lo que la Segunda Sala de la SCJN, mediante sentencia dictada en enero de 1970<sup>199</sup> consideró que:

«(...) el tiempo extra de trabajo que exceda a su vez de las horas extras permitidas por la Constitución, es a todas luces ilícito, pero debe ser retribuido en la proporción establecida por la citada fracción XI; dicha retribución tendrá su origen, no en la ilicitud del trabajo, sino en el enriquecimiento sin causa que de otro modo obtendría el patrón».

El razonamiento vertido por la sala en el momento de resolver este caso se podría aplicar de forma analógica a otros supuestos en los que se realizan conductas por

---

<sup>197</sup> Tesis aislada de rubro: "Reinstalación cuando ya terminó la vigencia del contrato, efecto de la". Ponente: Gilberto Valenzuela

<sup>198</sup> Tesis aislada de rubro: "Acciones diferentes derivadas de un contrato de trabajo, competencia para conocer de las.". Ponente: Agapito Pozo

<sup>199</sup> Tesis aislada de rubro: "Horas extraordinarias de trabajo. Aunque ilícitas, deben remunerarse las que excedan del límite permitido por la Constitución.". Ponente: Pedro Guerrero Martínez



encima de los límites de la ley, pero no por ello se debe dejar de pagar el valor fijado para el efecto como en el caso del trabajo de los menores de edad o aquellos trabajos previstos para solo un grupo de trabajadores, como en el caso de los trabajos prohibidos.

En este punto, queremos señalar que el enriquecimiento injusto en el derecho laboral en México fue una temática que se discutió mucho en los años 60 y 70, lo cual se puede ver reflejado en las sentencias citadas. No obstante, a partir de esa época el asunto tema ha dejado de ser discutido en el ámbito judicial, por lo que, salvo error u omisión por nuestra parte, no hemos podido encontrar nuevos pronunciamientos que nos permitan establecer si ha existido una evolución en esta doctrina jurisprudencial, lo cual nos lleva a pensar que esta quedó intocada y que se sigue aplicando en los mismos términos señalados.

Por lo expuesto, el desarrollo jurisprudencial de la figura del enriquecimiento sin causa, no solo en España y Ecuador, sino en el caso de México al resolver casos puntuales, nos ha permitido aclarar la procedencia, el alcance y algunos supuestos fácticos en los que es viable promover esta acción. De la misma manera, nos ha aclarado en qué supuestos no procede la acción, pero, sobre todo, nos ha permitido confirmar que el enriquecimiento sin causa es una acción que se puede promover de manera subsidiaria y solo en casos puntuales en los que la ley no ha previsto una vía directa para hacerlo, de manera directa.

## **Capítulo IV**

### **Relación del enriquecimiento injusto con el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones, y su posible sanción y penalización.**

La base central de esta investigación, como es sabido, es el art. 327 de la CRE (Ecuador), que prevé la sanción y la penalización del enriquecimiento injusto en materia laboral. En esta misma disposición se hace referencia a otras figuras como son el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones, que también son susceptibles de la misma sanción. Consideramos indispensable estudiarlas a fin de establecer la relación que existe entre estas y el enriquecimiento injusto.

En materia laboral, al hablar de fraude y la simulación, parecería que son figuras sinónimas que se configuran en los mismos supuestos; sin embargo, existe una relación de género-especie entre ellas, ya que la simulación es un tipo de fraude, lo cual será explicado en profundidad en el siguiente apartado. En lo que respecta al incumplimiento de obligaciones laborales, se advierte que existe una importante casuística, hasta tal punto que podríamos llegar a afirmar que esta conducta se llega a ver como algo normal en la relación laboral. Por ello en este apartado hemos decidido abordar el estudio en dos partes: la primera, haciendo una mención general de las obligaciones que tiene la persona titular de la empresa, así como la persona trabajadora tanto en España como en Ecuador; y la segunda, en la que nos detendremos a analizar los principales incumplimientos de obligaciones legales que se presentan y si estas son susceptibles de ser calificadas como enriquecimiento injusto.

#### **4.1. Fraude y simulación laboral**

Para llegar a acreditar la afirmación realizada anteriormente, respecto a que la simulación es uno de los tipos de fraude que se pueden producir en el derecho laboral, es importante analizar la definición y las características de cada una de ellas. Una vez que tengamos clara la relación que existe entre ambas, podremos estudiar en profundidad los casos que hemos identificado como relevantes, tanto en España como en Ecuador, en los que se producen la simulación y el fraude.

##### **4.1.1 Fraude**

El fraude es un concepto muy amplio, que tiene implicaciones tanto en materia civil como penal. En este análisis únicamente nos circunscribiremos al fraude de ley,

previsto en el derecho civil, por la relación estrecha que tiene con el derecho laboral. Asimismo, en el presente estudio, el fraude al que hace referencia el art. 327 de la CRE es el fraude de ley.

La palabra *fraude* proviene del latín *fraus* que, según Miaja de la Muela (1973, p. 384), era utilizada en el derecho romano como sinónimo de daño o de perjuicio, ya que era considerado como el daño especial generado por la regla de conducta, la ofensa al derecho o la violación de una norma imperativa; sin embargo, se cree que esta sufrió una evolución, ya que en los textos de Platón, Cicerón y Tito Livio se empleaba para referirse a astucia o engaño.

Para la RAE el término *fraude* se define como «(...) acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete». Por su parte, Díez Picazo (1992, p. 8) consideró que este término no siempre es inequívoco, ya que no solo implica astucia o artificio, sino que también se refiere a un engaño o una actuación desleal. De manera que el fraude de ley es un medio ilícito de vulnerar y lesionar derechos de terceros, sin caer en una contravención frontal o directa. Esto quiere decir que el fraude está compuesto por un elemento subjetivo que implica la actuación maliciosa de una persona y un elemento objetivo que constituye un resultado dañoso para otra persona.

A criterio del autor, el fraude se configura cuando se genera la realización de un resultado contrario a derecho, a través de la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y atender. Si esta conducta se genera, la sanción prevista por el propio ordenamiento es la ineficacia del acto jurídico.

Ahora bien, la violación de una norma imperativa se puede dar en dos supuestos: el primero, si se realizan actos que vulneran la letra expresa de una disposición; el segundo ocurre si un acto se mantiene fiel a la letra, pero violenta el espíritu de esta.

En el caso de España el fraude de ley se encuentra regulado en el art. 6.4 del CC, que establece:

«(...) los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Este enunciado nos permite advertir que el fraude de ley es un mecanismo a través del cual se aplica una determinada norma jurídica (denominada *norma de cobertura*), la cual brinda una apariencia al acto jurídico, a fin de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, por lo que, si se configura esta conducta, la sanción implica la invalidez del negocio jurídico aparente y la aplicación de la norma que se pretendió eludir.

En el caso de Ecuador el fraude de ley se asocia a un negocio jurídico indirecto pero sobre todo con el abuso de derecho, el cual según Josserand (1959, pp. 154) se produce por poner al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo en sus derechos, es decir, de ejercerlos de forma irregular. La consecuencia es reparar el daño causado, debido a que si procede es abusivo.

Todos estos elementos nos llevan a determinar que las características del fraude de ley son las que siguen:

- i. La existencia de un acto de cobertura que busque eludir la norma aplicable.
- ii. La generación de una responsabilidad objetiva, ya que la intención con la que fue creado el acto de cobertura es irrelevante.
- iii. La existencia de otras normas afines, que, si bien no están dirigidas a protegerlos, puedan tener un grado de similitud que les sirva como cobertura.
- iv. La generación de un resultado contrario o prohibido por la norma aplicable.

En el derecho laboral el fraude de ley es una práctica muy común en el momento de generar actos jurídicos, ya que en la mayoría de los casos la persona titular de la empresa es quien pretende utilizar mecanismos legales a su favor, a fin de disminuir la responsabilidad laboral que le correspondería si aplicara la ley laboral prevista para el caso. Esto no implica que ese fraude nazca únicamente por parte de él, ya que bien podría ser realizado por parte de la persona trabajadora. A continuación, estudiaremos uno de los casos más comunes de fraude de ley que se produce en Ecuador y que tiene su paralelismo en España. Aunque tienen el mismo trasfondo jurídico, lo cierto es que su tratamiento y las consecuencias jurídicas varían en cada uno de ellos.

#### **4.1.1.1. Fraude por falta de afiliación y retención de fondos a la Seguridad Social**

En Ecuador la falta de afiliación a la Seguridad Social y la retención indebida de fondos por parte de los empleadores para el pago de la Seguridad Social son dos figuras que están estrechamente relacionadas pero que tienen diversas sanciones,

mientras que en España las sanciones son del mismo tipo, como se explicará a continuación.

La obligación de afiliarse a la Seguridad Social de las personas trabajadoras ha sido reconocida casi en los mismos términos en ambos países. En Ecuador esta se encuentra establecida en el art. 42 número 31<sup>200</sup> del CT, mientras que en España esta obligación se encuentra prevista en el art. 139 de la LGSS, la cual a grandes rasgos consiste en que, desde el primer día de labores, la empresa debe inscribir o dar de alta al trabajador a la Seguridad Social, así como comunicar cualquier variación en el Régimen General<sup>201</sup>.

La afiliación/alta a la Seguridad Social permite que las personas trabajadoras puedan acceder a las prestaciones de desempleo, enfermedades profesionales o jubilación, entre otras; sin embargo, en el caso de Ecuador esta, también, da acceso a un sistema de salud propio de la Seguridad Social, que es independiente al del Ministerio de Salud Pública, así como a beneficios de préstamos quirografarios<sup>202</sup> e hipotecarios<sup>203</sup>, a los que nos referiremos en líneas posteriores.

Ahora bien, el incumplimiento de esta obligación es la que tiene un tratamiento jurídico diferente en ambos países, por lo que en primer lugar analizaremos las consecuencias jurídicas que se generan en Ecuador y, posteriormente, las que se han previsto en España.

En Ecuador, la falta de afiliación a la Seguridad Social es una práctica de los empleadores que se ha mantenido de manera constante en el país<sup>204</sup>, la cual tiene sanciones laborales y penales. El informe de indicadores laborales de junio de 2014 (p. 7) y de diciembre de 2019 (p. 47) elaborados por el Instituto Ecuatoriano de

---

<sup>200</sup> El art. mencionado impone la obligación de inscribir a las personas trabajadoras en el IESS, dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

<sup>201</sup> En este sentido, en España, el alta puede realizarse con una antelación de hasta 60 días y la baja o cualquier otra variación debe comunicarse a los tres días. Destacamos que, el art. 139.2 LGSS establece que si la empresa ha incumplido sus obligaciones respecto al alta o la baja en el Régimen de Seguridad social correspondiente, tanto la persona trabajadora directamente puede solicitarlo al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social, como en su caso la propia Administración de oficio.

<sup>202</sup> Los créditos quirografarios son un producto financiero que no cuenta con una garantía que lo respalde.

<sup>203</sup> Los créditos hipotecarios son un producto financiero que te permite adquirir mediante un préstamo a largo plazo, el inmueble sujeto a la compra, quedando el mismo en garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que otorgue el préstamos.

<sup>204</sup> Según el informe de indicadores laborales de junio de 2014 (p. 7) y de diciembre de 2019 (p. 47) elaborados por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (en adelante, INEC) la cobertura de la Seguridad social para las personas ocupadas a nivel nacional se ha ido incrementando a partir del año 2007, sin embargo en diciembre de 2019 ha vuelto a disminuir.

Estadísticas y Censos (en adelante, INEC) han medido el acceso a la Seguridad Social que tienen las personas trabajadoras afiliados en distintas fechas. En el año 2007 la cobertura del seguro general obligatorio era de apenas un 9,8%, lo que aumenta sustancialmente en junio de 2013 cuando alcanza el 43,6%, esta tendencia creciente alcanza su cúspide en junio de 2014 que llegó al 67%, sin embargo para diciembre de 2019, sólo el 29.2% de la población ocupada cuenta con acceso.

Las cifras expuestas reflejan que existe entre un 40% y un 60% de los empleadores a nivel nacional que incumple con la obligación de afiliar a las personas trabajadoras a la Seguridad social, lo que en el 2007 tuvo una gran relevancia, ya que menos del 10% de las personas trabajadoras podían acceder a los beneficios de la Seguridad Social.

Estas cifras sirvieron de base para que en la consulta popular realizada el 7 de mayo de 2011, el 55,02%<sup>205</sup> de la población estuviera de acuerdo con la tipificación de esta conducta como un delito, por lo que el COIP, que fue promulgado en el 2014, recogió la voluntad popular y tipificó la conducta en los arts. 243, y 244, haciendo una distinción respecto a si la persona titular de la empresa era una persona jurídica o una persona natural.

En el caso de que la persona titular de la empresa fuera una persona jurídica, se determinó que se le impondría una sanción pecuniaria, a través de una multa de tres a cinco salarios básicos unificados de la persona trabajadora en general por cada persona no afiliada, siempre que estas no abonaran el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificadas, y que sería controlado a través de la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelarse los derechos de las personas trabajadoras.

Para el caso de que la persona titular de la empresa fuera una persona natural, se estableció que, si no cumplía con esta obligación dentro de los treinta primeros días de labores, sería sancionado con una pena privativa de libertad de tres a siete días. Cabe recalcar que esta pena se le impondría siempre que la persona no abonara el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada, al igual que en el supuesto anterior.

Si analizamos cómo la consulta popular y después la promulgación del COIP afectó a la conducta de los empleadores con relación a la afiliación a la Seguridad Social,

---

<sup>205</sup> Esto se puede consultar en la página web del Consejo Nacional Electoral de Ecuador, específicamente en <http://cne.gob.ec/es/institucion/procesos-electorales/consultas-populares>.

resulta evidente que, en los años que transcurrieron entre una y otra, una gran cantidad de empleadores optó por afilar o dar de alta a sus trabajadores en la Seguridad Social, probablemente por miedo a la penalización de la conducta. A día de hoy se sigue manteniendo el porcentaje de incumplimiento que existía antes de la consulta popular.

Esto en cuanto a la sanción penal. Resulta importante referirnos a la sanción laboral de despido intempestivo prevista en el art. 172.6<sup>206</sup> del CT, respecto a la cual la CNJ, mediante Sentencia de 24 de octubre de 2012<sup>207</sup>, estableció:

«(...) confrontando la demostración de los hechos con las disposiciones contenidas en el Código del Trabajo, hallamos que, en efecto, a partir de la denuncia y reconocimiento del IESS de la no afiliación, el accionante tiene derecho irrefragable a la estabilidad por dos años en trabajos permanentes y si ésta no se ha respetado, se torna ipso jure que, debió haberse reconocido el pago de la remuneración íntegra por ese lapso. De igual forma, al haberse demostrado en el fallo que la relación laboral denominada por el accionado como relación "económica" concluyó de modo súbito en el mes de septiembre de 2004 y al no hallarse en los recaudos procesales y en la Sentencia de la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil la enunciación de la causa legal prevista en el Art. 169 de Código del Trabajo, para la terminación de la relación laboral reconocida por dicho Tribunal o la rendición de cuentas, para la conclusión de la relación comercial, invocada por el demandado, fluye de hecho, que la relación fue laboral y su terminación se produjo a través del despido intempestivo».

A nuestro modo de ver, pese a que existen sanciones de carácter penal y laboral que son sumamente duras, por cuanto conllevan la privación de libertad o la terminación ilegal del contrato de trabajo, lo cierto es que el incremento en el incumplimiento se debe a varios factores: por una parte, la tasa de desempleo y la situación económica del país, ya que, según el Banco Central del Ecuador (BCE), el crecimiento del país había venido dándose en el 3,8% anual, lo que superaba en 3,5 veces el crecimiento promedio en América Latina; mientras que en 2019 el país creció apenas un 0,3%, lo que evidencia que a partir de 2014 Ecuador se encontraba en recesión; por otra parte, la falta de control de la autoridad aunado a la cultura de informalidad que reina en el país.

---

<sup>206</sup> El Art. 172.6 del CT establece que una de las causales por las que se puede llevar a cabo un visto bueno, es el presentar una denuncia injustificada contra la persona titular de la empresa respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Si la denuncia fuere justificada quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes;”

<sup>207</sup> SCNJ s/n, Sala temporal de lo Laboral y Social, 24 de octubre de 2012, R. de casación no. 781/2006, Ponente: Juan Francisco Morales Suarez. Publicado en el Registro Oficial No. 74 de 18 de mayo de 2016.

En este primer supuesto, vemos que la falta de afiliación a la Seguridad Social se adecúa más a un incumplimiento de obligaciones que a un fraude de ley, ya que no existe un acto jurídico diverso que le permita evadir su cumplimiento. Este supuesto se encuentra estrechamente relacionado con la retención de fondos de los aportes a la Seguridad Social, lo que sí es considerado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un fraude, por lo que debemos analizarlo en profundidad, para corroborar que los elementos del fraude de ley efectivamente se cumplen o si, al igual que en el supuesto anterior, estamos frente a un incumplimiento de obligaciones.

En Ecuador y en España la cotización a la Seguridad Social es una sola obligación que tienen tanto la empleadora como la persona trabajadora con el Estado, ya que ambos deben aportar un porcentaje del valor de cotización, cuyo monto depende de la remuneración total que percibe la persona trabajadora; además, se necesita de dos actos previos para ser considerada satisfecha, que consisten en la retención del aporte de la persona trabajadora y el aporte de la empleadora que se consolidan en este último, ya que la empleadora hace las veces de agente de retención y es la encargada de pagar al Estado los aportes de todas las personas trabajadoras.

En Ecuador la aportación al IESS para las personas trabajadoras privados en relación de dependencia es en total del 20,60%<sup>208</sup>, dividido en dos rubros: el primer rubro es el 9,45% de la remuneración mensual, que corresponde al aporte personal de las personas trabajadoras, que, a su vez, se encuentra fraccionado en un 9,35% que es destinado para su propio beneficio y 0,10% que corresponde a un aporte solidario utilizado para financiar la jubilación anticipada de las personas con discapacidad; el segundo rubro corresponde a la aportación que se produce por parte de la empresa y cuyo monto es del 11,15% de la remuneración.

La obligación de la empresa consiste en descontar el valor correspondiente a la aportación de la persona trabajadora a través del rol de pagos y consolidarlo con su parte para que inmediatamente sea entregado al IESS, por lo que la suma de las aportaciones realizadas cada mes por las personas trabajadoras y los empleadores se ve reflejada en la historia laboral de la persona trabajadora, la que otorga un sinnúmero de derechos a las personas trabajadoras, siempre que la cotización esté pagada de forma puntual, es decir, que no haya mora en las obligaciones.

---

<sup>208</sup> Los valores están dados en función de la Resolución del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social número 261 el cual fue publicado en el RO 615 de 18-jun-2009.



Los derechos a lo que puede acceder la persona trabajadora se encuentran regulados en la Ley de Seguridad Social del Ecuador, publicada el 30 de noviembre de 2001 en el Registro Oficial n.º 615 (en adelante, LSS), la que ha previsto que, una vez que se hayan cumplido seis meses de aportación continua, las personas trabajadoras pueden ocupar los servicios de salud en los centros médicos u hospitalarios que la Seguridad Social tiene para el caso. En el caso de que se produzca un accidente de trabajo, la cobertura de los gastos es inmediata desde el primer día.<sup>209</sup>

Así mismo, una vez que se hayan completado 36 aportaciones, las personas trabajadoras pueden acceder a los derechos de adquirir un crédito quirografario o hipotecario a través del banco de segundo piso que es de propiedad del IESS<sup>210</sup>, al que solo pueden acceder sus afiliados. De la misma manera, la suma de las aportaciones da derecho a acceder a la jubilación, cuyo monto se calculará en función de la edad, los años de servicio (número de aportaciones) y la remuneración de los últimos cinco años<sup>211</sup>.

Una vez que se ha explicado el mecanismo de funcionamiento de este derecho, es evidente que, si la empresa retiene la aportación de los fondos entregados por la persona trabajadora y no paga la cotización mensual a la Seguridad social, se está incurriendo en un incumplimiento a las obligaciones que no solo afecta a los derechos de las personas trabajadoras, sino al Estado, porque es quien tiene la calidad de acreedor de la obligación, la cual también está tipificada en el art. 242<sup>212</sup>, del COIP como un delito, cuya sanción implica la privación de la libertad del sujeto activo entre uno a tres años.

Debemos analizar ahora si esta conducta cumple con los requisitos señalados para que se considere como fraude de ley. Desde nuestro punto de vista no se cumple, en la medida en la que no existe una norma de cobertura o la existencia de otras normas afines que le sirvan de cobertura. Sí creemos que es correcto que se le denomine

---

<sup>209</sup> En este artículo, se establece que el número mínimo de aportaciones que una persona trabajadora debe cumplir para acceder a los derechos derivado de la Seguridad Social. En este sentido, se fija que para la acceder a la prestación de enfermedad se requieren seis imposiciones mensuales ininterrumpidas y en el caso del parto, doce imposiciones mensuales; y, para el subsidio monetario de enfermedad seis imposiciones.

<sup>210</sup> Este beneficio, de conformidad con el Art. 36 de la LSS, es para todos los afiliados, estén o no bajo relación de dependencia. No obstante, se les requiere acreditar al menos 36 imposiciones mensuales.

<sup>211</sup> Para el caso de la jubilación, el art. 229 de la LSS establece como requisitos para acceder a ella: i) tener 60 años de edad; ii) haber aportado a la Seguridad Social por lo menos 20 años. El valor de la jubilación a recibir es igual al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los cinco (5) años de mejor sueldo o salario de aportación.

<sup>212</sup> El Art. 242 del COIP ha tipificado la conducta para aquella persona que retenga los aportes patronales o personales y no los deposite al IESS en un plazo máximo de 90 días después de realizada la retención.

fraude en el aspecto más amplio de la palabra, ya que se adecua como una acción contraria a la verdad y a la ley que vulnera y lesiona derecho de terceros, en la medida en que la falta de afiliación y la retención de fondos sí implica una actuación maliciosa del titular de la empresa, y a la vez genera un resultado dañoso a las personas trabajadoras.

Si lo consideramos como un fraude en sentido amplio, es evidente que se produce un enriquecimiento sin causa, ya que el titular de la empresa incrementa su patrimonio en perjuicio de la persona trabajadora y de la Seguridad Social, ya que en términos generales está disponiendo de bienes que no le pertenecen. En el caso de la persona trabajadora la afectación es más grave, ya que anula las prestaciones de la Seguridad Social de las que es o sería beneficiaria.

Uno de los aspectos más importantes es que los reclamos administrativos que se puedan presentar ante la Seguridad Social para reclamar por la falta de afiliación o retención indebida de fondos, son imprescriptibles, por lo que se pueden presentar en cualquier momento.

Por su parte, en el caso de España el incumplimiento en la obligación de afiliar, no dar de alta o no cotizar a la Seguridad Social son considerados como infracciones graves de conformidad con los arts. 20, 22 y 23 de la LISOS. Estos artículos determinan que las infracciones en materia de Seguridad Social pueden ser cometidas por acción o por omisión y siempre que hayan sido tipificadas en la norma como tal, dejando claramente establecido que las infracciones que cometa la persona titular de la empresa deberán ser consideradas y sancionadas de forma individual. Por ejemplo, si la empresa tiene cincuenta trabajadores y no los da de alta, está cometiendo cincuenta infracciones y no una, ya que se tiene que considerar una por cada persona trabajadora.

En este mismo sentido, se encarga de categorizar la gravedad de las conductas en tres categorías: leves, graves y muy graves. Entre las infracciones leves se encuentran, entre otras, la no conservación de los soportes que acrediten el cumplimiento de las obligaciones durante el tiempo en que esté vigente el derecho para reclamarlas, es decir, cuatro años; no comunicar las bajas de las personas trabajadoras que se desvinculen de la empresa o se produzca cualquier tipo de variación en su estado.

Las infracciones graves son, entre otras, iniciar su actividad sin solicitar la inscripción en la Seguridad Social o no solicitar la afiliación inicial o el alta de las personas trabajadoras que ingresen a prestar sus servicios. Por su parte, las infracciones muy graves son, entre otras, no ingresar las cuotas de la Seguridad Social, consignar datos falsos o inexactos que permitan acceder a prestaciones indebidas. A este último supuesto lo podemos equiparar con la conducta de fraude laboral que estudiamos en líneas anteriores.

De la misma manera, las sanciones previstas para estas conductas varían en función de la gravedad de esta, por lo que, si se trata de no solicitar la afiliación inicial o el alta de las personas trabajadoras que ingresen a su servicio, o solicitarla, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido se le sancionará con una multa en su grado mínimo, sin perjuicio de lo cual esta se impondrá por cada uno de las personas trabajadoras afectados.<sup>213</sup>

Si no se ingresa en la forma y plazos reglamentarios la totalidad de las cuotas, o no se efectúa el ingreso en la cuantía debida, pese a haber presentado los documentos de cotización, siempre que esta falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de cuotas con carácter previo a la actuación inspectora y salvo que haya recaído resolución denegatoria, también se sancionará con la imposición de una multa de grado mínimo.

No obstante, si se deja de ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas o si se retiene indebidamente los fondos, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizando los medios de informáticos o telemáticos, se sancionará con una multa en su grado mínimo o máximo, más los conceptos no ingresados, en los que se debe incluir recargo, intereses y costas.

Uno de los aspectos en los que sí existe una diferencia sustancial entre ambos países es la prescripción de la sanción, ya que en el caso de España el tiempo es de 4 años,

---

<sup>213</sup> Las sanciones para este tipo de conductas son de naturaleza pecuniaria, debido a que se sancionan con multas. No obstante dichas multas también tienen una calificación de leve a muy grave; y, estos a su vez tienen una gradación que va de grado mínimo, medio y máximo, con el objeto de que se sancione de manera más fuerte las conductas más graves. La imposición de un sanción dependerá de la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, el número de trabajadores o de beneficiarios afectados. El art. 40.1 de la LISOS en los incisos b), c), d), e), y f) regulan el rango económico en el que se encuentra cada una de estas multas, por ejemplo la sanción leve de grado mínimo está comprendida en el rango de 60 a 125 euros, sin embargo la sanción muy grave en su grado máximo está entre 100.006 a 187.515 euros.

mientras que, en Ecuador, como se señaló anteriormente, es imprescriptible y, por tanto, más garantista.

Al igual que señalamos anteriormente, la falta de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social en el caso de España son supuestos que conjugan el fraude, el incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto, por lo que son un claro ejemplo en el que podemos ver reflejada la disposición de la CRE que estamos estudiando y la utilidad de su aplicación directa, como garantía y equilibrio de los derechos y deberes contemplados en materia de Seguridad social, tanto de la empresa como de la propia persona trabajadora y, en último término, del propio sistema público de Seguridad Social.

#### **4.1.2. Simulación**

Uno de los mecanismos a través de los cuales se consigue realizar un fraude de ley es la simulación. La acepción simulación viene del vocablo *simular*, que es «representar algo, fingiendo o imitando lo que no es».

La simulación contractual es un abuso del principio de autonomía de la voluntad, ya que esta permite a las partes celebrar cualquier acto jurídico que responda a sus intereses, siempre y cuando esté en observancia de las disposiciones legales previstas, de manera que, si existe un acto jurídico en el que se presenta una contradicción respecto a la voluntad real de las partes, y la voluntad manifestada en el instrumento jurídico que lo contiene, estaremos frente a esta figura.

Parte de la doctrina civilista, representada por Ferrara (1960, p. 42), Herrero Nieto (1958, p. 14) y Díez Duarte (1982, pp. 59-65), explican que la simulación es una ficción de la realidad, ya que muestra una cosa que no existe, es decir, genera una contradicción entre apariencia y realidad, debido a que las partes deciden mantener en reserva el acto que se está celebrando. Sin embargo, las partes, ya sea de manera intencional o por error, utilizan esta facultad para celebrar contratos que tienen como objeto provocar un engaño a los terceros que tienen interés en las partes o en el acto jurídico. Por ello no podemos generalizar que todos los casos de simulación son dolosos.

Por su parte, Claro Solar (1979, pp. 689-690) explica que la simulación se puede producir tanto en el acto mismo que se trata de disfrazar como por medio de un acto aparente realizado por separado, ya que esta conducta tiene como fundamento la

resistencia de las partes a ejecutar o reconocer, en todo o en parte, la convención notoria para el caso.

Las principales características de un acto jurídico simulado serían, desde nuestro punto de vista, las tres siguientes:

- i. La contradicción entre la voluntad interna y externa de los contratantes.
- ii. La existencia de un acto aparente.
- iii. El engaño.

En la simulación existen dos criterios fundamentales a la hora de determinar la naturaleza del acto, que son el dolo y el daño. Respecto al dolo, es importante señalar que este es un criterio subjetivo, ya que está atado a la intención con que las partes realizaron el acto, y a la vez es determinante para establecer si esta conducta se encuadra en una acción delictiva. Por su parte, al hablar de daño nos encontramos ante un criterio objetivo, que consiste en el resultado de haber contrariado las disposiciones del ordenamiento jurídico, y que debería ser el más importante a la hora de analizar un fraude de ley en materia laboral, ya que lo primordial consiste en tener claridad respecto a la norma aplicable en el caso concreto, a fin de poder hacer efectivos los derechos de la persona trabajadora y brindarle toda la protección prevista por esta.

#### **4.1.2.1. Clases de simulación**

Si nos referimos a las clases de simulación podemos encontrar dos modalidades, la simulación absoluta y la simulación relativa.

La simulación absoluta, siguiendo a Ferrara (1960, p. 297), no tiene ninguna relevancia jurídica, ya que nos estamos refiriendo a actos jurídicos inexistentes, en los que las partes no están interesadas en celebrar ningún acto jurídico. Por el contrario, están únicamente interesadas en generar el aspecto exterior que produce es acto. Al no existir ningún acto jurídico tampoco existe una vinculación de las partes que altere en lo más mínimo la composición de sus patrimonios, ya que no consta un debe ni un haber.

Es interesante en este sentido, la Sentencia de lo civil, de 3 de noviembre de 2004<sup>214</sup>, dictada por el TS español. Nos explica que, en la simulación absoluta, las partes no desean que nazca un contrato y, por ende, tampoco desean que produzca efectos jurídicos, ya que no existe la voluntad de celebrarlo, lo que podría equipararse con una invención de las partes, porque no existe ni en el mundo real ni para el derecho.

Esto se relaciona de forma directa con lo que habíamos estudiado previamente en la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, al referirnos a los actos inexistentes, en tanto que estos tampoco son capaces de producir efectos jurídicos, de manera que están únicamente reservados a actos que son imposibles de ser realizados desde el punto de vista metafísico.

La simulación relativa se produce cuando las partes realizan un acto real, pero distinto de aquel que aparece exteriormente, porque el acto está escondido o velado. El contrato aparente sirve para engañar a los terceros, pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de terceros. Ahora bien, el hecho de que el contrato simulado sea ineficaz no implica que el negocio jurídico verdadero pueda ser válido, ya que, a través del retiro del velo se puede apreciar la relación jurídica que estaba oculta, la cual surte plenos efectos siempre que cumpla con las condiciones necesarias para su existencia y validez.

Las partes participantes en los actos de simulación relativa se vinculan desde el punto de vista jurídico en los contenidos del acto oculto, de manera que sí se produce una alteración real del patrimonio y una verdadera voluntad para modificar un derecho aparente. Ahora bien, mientras el acto velado no sea declarado inválido está sujeto a que cualquiera de las partes pueda hacer prevalecer la voluntad real y secreta, sobre la voluntad ficticia y ostensible, ya sea para privar de efecto al acto simulado o para hacer valer los efectos del acto oculto.

En el caso de los terceros, el escenario es mucho más complejo, ya que para ellos es susceptible de ser invocado únicamente el acto aparente, porque aquellos actos velados, que no han salido a la luz, de los que no ha podido tener conocimiento, resultan inoponibles. Si existe algún tipo de indicio que les pueda generar la duda de que están frente a un acto simulado, a los terceros únicamente les interesaría

---

<sup>214</sup> STS 7075/2004, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2004, R. de Casación No. 3036/2004; Ponente: Jesús Corbal Fernández.

invalidarlo con el objeto de proteger los derechos que fueron burlados de manera concertada.

La sanción que se ha previsto para los actos aparentes es la nulidad absoluta por ausencia de causa. Esto lo habíamos anticipado rápidamente cuando analizamos, en el epígrafe anterior, la nulidad de los contratos por causa ilícita. Algunos tratadistas, como Albaladejo (2005, p.17), sostienen que la falta de causa en el negocio es evidente, ya que la causa que se le atribuye es ficticia, porque el negocio aparenta lo que no es; sin embargo, también señala el autor que existe una nulidad por falta de voluntad que es concurrente a la falta de causa, ya que en el acto aparente la declaración de la voluntad constituye una falta de realidad.

Podemos concluir que la simulación es un medio por el cual se posibilita el fraude, ya sea en el propio instrumento o en uno diverso, en el que se exterioriza una voluntad distinta de la real, de forma intencionada o por error, con el fin de perjudicar el derecho o intereses legítimos de terceros, cuya sanción conlleva la nulidad absoluta del acto aparente y la validez del acto oculto, siempre que cuente con los elementos necesarios para su existencia y validez.

En el derecho laboral la mayoría de los actos fraudulentos se encuentran encaminados a utilizar una normativa civil o laboral que permita evadir la responsabilidad de la persona titular de la empresa o de la persona trabajadora con el otro, o con el Estado, a fin de evitar la aplicación de la norma legítima prevista para el caso, y de esta forma eliminar obligaciones que sean gravosas para quien las debe cumplir.

#### **4.1.2.1.1. Casos relevantes de simulación en la legislación ecuatoriana y española**

Al hablar de simulación en el derecho laboral también nos podemos encontrar con casos tanto de simulación absoluta como de simulación relativa.

Los supuestos de simulación absoluta que hemos podido identificar a lo largo de esta investigación han superado la cantidad que creíamos que existían, lo que nos demuestra que son prácticas que se realizan con cierta frecuencia en la relación laboral, tal y como explicaremos en líneas posteriores. Hemos decidido seleccionar los más relevantes, tomando como base mi práctica como abogada en Ecuador.

En este sentido, he podido identificar que uno de los más comunes en la legislación ecuatoriana es aquel contrato de trabajo que se celebra entre familiares, en los que no existe la prestación de un servicio o la realización de una actividad, ni una remuneración y tampoco una dependencia. Es indistinto en este caso que sea entre padres e hijos, tíos y sobrinos, o cualquier otro, en los que se aparenta que existe una relación laboral, porque lo único que les interesa es poder crear esta apariencia. Esta apariencia les permite acceder a la afiliación o cotizar a la Seguridad Social y recibir las prestaciones que de esta se derivan.

En este supuesto, es evidente que existe una simulación absoluta, ya que las partes no acordaron sus voluntades con el objeto de crear una relación laboral, sino con el fin de afectar los intereses de un tercero que, en este caso, es el Estado, a través de la Seguridad Social, ya que las prestaciones que este entrega son únicamente para las personas trabajadoras.

Aquí es evidente que las partes en nada modifican o comprometen su patrimonio. Pero sí podríamos hablar de un enriquecimiento sin causa por parte de la persona trabajadora respecto al Estado, ya que está en la aptitud de recibir una prestación por desempleo, por ejemplo, cuando en realidad nunca ha trabajado, es decir, no existe el vínculo jurídico que acredite la posibilidad de acceder a este. La Seguridad Social únicamente puede ver el contrato aparente, pero, en el caso de que pudiera advertir de que se trata de este supuesto, según la legislación ecuatoriana, no podría tener legitimación activa para promover una acción de nulidad de tal contrato de trabajo, ya que esta se ha restringido únicamente para las personas trabajadoras.

Si bien este supuesto no ha sido analizado desde la perspectiva laboral por la falta de legitimación que tiene el Estado, el Tribunal Constitucional del Ecuador<sup>215</sup> en la Sentencia de 28 de agosto de 2007<sup>216</sup> lo ha analizado desde la perspectiva del derecho administrativo, en la que se calificó esta conducta como una afiliación fraudulenta, que da lugar a la retención de todos los aportes y fondos pagados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, IESS) como pago de una multa.

---

<sup>215</sup> Este tribunal funcionó hasta octubre de 2008, ya que con la entrada en vigencia de la CRE tomó el nombre de Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>216</sup> SCCE 105/2007, Tercera Sala, Acción de amparo constitucional No. 0105/2006/RA; Ponente: Hernando Morales Vinuesa.



A nuestro modo de ver, el razonamiento que sustenta la retención de los aportes y los fondos pagados, en concepto de multa, es acertado, debido a que permite una reparación a la afectación sufrida por la Seguridad Social; no obstante, consideramos que sería oportuno endurecer la sanción al menos al doble del valor aportado, para así evitar que este tipo de comportamiento se repita. Esto, unido a que implementar una sanción elevada también genera un efecto ejemplificador para la sociedad en general, disminuye la posibilidad de que se sigan cometiendo.

En el caso de España este supuesto se encuentra claramente regulado en ET y la LGSS, a los que nos referiremos de manera breve.

Por una parte, el art. 1.3 del ET ha excluido de su ámbito de aplicación, es decir, ha considerado, por regla general, que no existe relación laboral en los trabajos familiares. Esta disposición es aplicable para empresarios que sean personas físicas, ya que se considera que las personas jurídicas no tienen familiares, por lo que se parte de la presunción que todo trabajo realizado por un familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con el que se conviva no es una relación laboral. Sin embargo, esta presunción es de tipo *iuris tantum*, en la medida en que admite una prueba en contrario. Es decir, si se pretende que una relación laboral en estos términos sea reconocida, se requiere acreditar que el familiar de la persona titular de la empresa efectivamente era un asalariado y desempeñaba estas actividades bajo dependencia y ajenidad.

En este mismo sentido, el art. 12 de la LGSS establece la misma presunción, en la medida en que no considera como trabajadores por cuenta ajena al cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes de la persona titular de la empresa, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, siempre que convivan en su hogar y estén a su cargo.

Esta regla tiene una excepción prevista en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, en concordancia con el art. 12.2 de la LGSS, que permite a la persona titular de la empresa que sea autónomo contratar como trabajadores por cuenta ajena a los hijos menores de 30 años, aunque conviva con ella; ahora bien, el hecho de que se le reconozca como relación laboral no implica que tenga acceso a todas las prestaciones de la Seguridad Social, ya que en este caso queda excluida la prestación por desempleo.

La regulación efectuada por la legislación española le podría servir como ejemplo al Ecuador, ya que hasta el momento en este país solamente se ha dado un pronunciamiento judicial al respecto, salvo error u omisión de nuestra parte, que ha permitido evidenciar esta problemática. Podemos advertir que la intención de haberla realizado es evitar que se produzca una simulación contractual que conceda beneficios que no le corresponden a una persona, por no tener la calidad de persona trabajadora.

Los casos de simulación relativa son mucho más comunes en la práctica y cada uno de ellos se irá analizando detenidamente.

#### **4.1.2.1.1.1. Contratación por horas**

El segundo caso que vamos a abordar consiste en la figura de la contratación por horas en Ecuador, la cual se encontraba regulada en el art. 17<sup>217</sup> del Código del Trabajo publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005<sup>218</sup> (en adelante, CT) y fue derogada por el Mandato Constituyente n.º 8, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330 de 6 de mayo de 2008 (en adelante, Mandato n.º 8), debido a que era uno de los casos más habituales de simulación y precarización laboral. Aunque actualmente esta modalidad de contratación se encuentra prohibida en el país, consideramos importante analizarla, ya que, a nuestro juicio, pudo haber sido una de las razones que justificó el haber adoptado el enriquecimiento injusto en materia laboral en la CRE.

Este mandato constituyente dispuso la eliminación y la prohibición de la tercerización, la intermediación y el contrato por horas, el que, basado en el carácter social del derecho al trabajo, propugnando la tutela del Estado, determinó que era necesario erradicar la injusticia social y la discriminación social dada por el uso y abuso de estas figuras legales. De igual manera, la doctrina ecuatoriana, representada por Romo

---

<sup>217</sup> Consideramos importante transcribir apartado del texto del art. 17 que contenía la regulación de contrato por horas, ya que este, actualmente, está derogado y porque contiene todas las características que vamos a estudiar en este apartado. El Art. 17: reza así: "(...) *Contratos eventuales, ocasionales, de temporada y por horas.- El contrato de trabajo por horas no podrá coexistir con otro contrato de trabajo con el mismo empleador, sin perjuicio de lo cual el trabajador sí podrá celebrar con otro u otros empleadores, contratos de trabajo de la misma modalidad. El valor mínimo a pagarse por cada hora de trabajo durante el año 2000, será de 0.50 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, se entenderá que con su pago, quedan cancelados todos los beneficios económicos legales que conforman el ingreso total de los trabajadores en general, incluyendo aquellos que se pagan con periodicidad distinta de la mensual la ley, no podrá convertirlas a contratación por hora.*"

<sup>218</sup> La última reforma realizada al CT fue el 26 de junio de 2019.

(2008, p.6), considera que el alto índice de informalidad presente en el país hasta antes de la promulgación del Mandato n.º es lo que generó un costo casi prohibitivo para aquellas empresas inmersas en estas conductas, justificando que estos problemas no son responsabilidad de la normativa, sino del abuso indiscriminado de la figura.

El contrato de trabajo por horas estaba pensado para aquellas actividades que se podían realizar en una jornada inferior a las ocho horas establecidas por la ley; sin embargo, esta figura fue utilizada como uno de los mecanismos de simulación laboral debido a la escueta regulación normativa, conforme se explica a continuación.

Este contrato estaba definido como el convenio escrito, en virtud del cual la persona trabajadora se comprometía con la empresa a prestar cualquier clase de actividad lícita, a cambio de una remuneración pactada por las partes, calculada por cada hora de trabajo, que no podía ser menor al valor hora fijado por la ley. Este valor debía incluir todos los beneficios económicos legales que conforman el ingreso total de las personas trabajadoras en general, incluyendo aquellos que se pagaban con periodicidad distinta de la mensual.

Este contrato conservaba la nota característica de dependencia y suprime el elemento de la estabilidad, lo que posibilitaba la terminación por voluntad de cualquiera de las partes sin que acarreará ningún tipo de sanción pecuniaria, como sí existen en el resto de las modalidades contractuales, esto es, las bonificaciones extraordinarias por terminación unilateral del contrato (bonificación por despido intempestivo).

Traemos a colación en este punto diferentes convenios de la OIT, por lo que a continuación se explica: el Convenio n.º. 47<sup>219</sup> (1935) sobre el trabajo en cuarenta horas semanales (en adelante, Convenio n.º. 47) y el Convenio n.º 175<sup>220</sup> (1994) sobre el trabajo a tiempo parcial (en adelante, Convenio n.º 175), ha fijado ciertos parámetros para esta modalidad de contratación.

En primer lugar, el Convenio n.º 47 estableció que todos aquellos países que lo ratificaran tendrían la obligación de velar por el cumplimiento del trabajo en la jornada pactada dentro de las cuarenta horas semanales, sin que esto implicara una disminución del nivel de vida de las personas trabajadoras.

---

<sup>219</sup> Adoptado por la OIT en Ginebra el 22 de junio de 1935 y entró en vigor el 23 de junio de 1957. Ecuador y España no lo han ratificado .

<sup>220</sup> Adoptado por la OIT en Ginebra el 24 junio de 1994 y entró en vigor el 28 febrero 1998. Ecuador y España no lo han ratificado.

Pero, el Ecuador no ha suscrito ni ratificado este Convenio, pero en el art. 47<sup>221</sup> del CT estableció que: «(...) la jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario».

En segundo lugar, el Convenio n.º 175 regula la relación de las personas trabajadoras a tiempo parcial, a los que define como aquellos que realizan sus actividades en un tiempo más corto que aquel de jornada completa. Así mismo, es taxativo al determinar que en su calidad de persona trabajadora a tiempo parcial no se le han reducido las horas de trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales, sino que responde a requerimientos de actividades que pueden cumplirse en tiempos inferiores a ocho horas diarias.

Dentro de estas actividades se pueden encontrar aquellas relacionadas con procesos contables, mantenimiento rutinario de equipos, empaque o embalaje, ya que no se deben realizar de manera permanente en la empresa. En cuanto a los derechos correspondientes a sindicalización, negociación colectiva, derecho de salud y seguridad en el trabajo, protección a la discriminación en el empleo, protección a la maternidad, terminación de la relación de trabajo en iguales condiciones, vacaciones anuales, días feriados pagados y licencias por enfermedad, son exactamente iguales que los que tienen las personas trabajadoras a tiempo completo.

En este convenio se estableció, para aquellos países que lo firmaran y ratificaran, como obligaciones principales:

- a) Fomentar y facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial.
- b) Facultar que la persona trabajadora pueda cambiar su modalidad de tiempo completo a tiempo parcial y viceversa.

La simulación en este tipo de contratación se podría configurar en Ecuador, cuando las partes celebraban un contrato por horas para evadir las contratación a plazo fijo o plazo indefinido para aquellas jornadas de ocho horas diarias, ya que eliminaban la estabilidad y el pago de ciertos beneficios sociales.

---

<sup>221</sup> Este mismo art. realiza una excepción respecto a los trabajadores que desempeñan sus actividades en el subsuelo limitando su jornada a seis horas diarias y extendiéndola una hora más en el caso de horas suplementarias, extraordinarias o de recuperación. Esta excepción está en concordancia con la seguridad e higiene industrial por las implicaciones y el posible riesgo que representa para la salud del trabajador el permanecer en el subsuelo más del tiempo permitido.

Las partes utilizaban la modalidad de contrato por horas como acto aparente para ocultar la modalidad de contratación aplicable, que podía ser en esa época un contrato a plazo fijo o a plazo indefinido. El hecho de adaptar su régimen laboral a la contratación por horas le permitía a la empresa evadir ciertas obligaciones legales, ya que, como se dijo anteriormente, en el contrato por horas estaban incorporados todos los derechos (décimos, vacaciones, etc.) en el valor pactado por hora, e inclusive estaban exentos del pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, es decir, la persona trabajadora que estaba sometida a este régimen, pese a que hacía las mismas actividades, por el mismo tiempo que otro, que se encontraba en el régimen aplicable, resultaba ser mucho más barata para la empresa.

En el reglamento a la contratación laboral por horas de 4 de abril de 2001<sup>222</sup>, se estableció que en este contrato estaban previstas dos posibles modalidades: el primero estaba previsto en el art. 4, que consistía en un contrato por horas de jornadas discontinuas, en el que la persona trabajadora podía tener más de un empleo, siempre que realizara todas sus actividades en un lapso no mayor a ocho horas diarias, lo que en principio no parecía dar cabida a una simulación<sup>223</sup>; el segundo consistía en un contrato por horas para jornadas continuas, que estaba regulado en el art. 3 del mencionado reglamento. Este, a nuestro modo de ver, sí era el mecanismo idóneo para generar una simulación, ya que se podía pactar que la actividad se desempeñara todos los días de la semana con una jornada máxima diaria de ocho horas, lo que era exactamente igual que las modalidades contractuales que se pretendían evadir. Sin embargo resultaba más beneficiosa para la empleadora, ya que ese eliminaba el derecho de estabilidad y pago de beneficios, de manera que las empresas únicamente le modificaban el título del contrato a fin de generar el acto aparente.<sup>224</sup>

De lo analizado resulta evidente que el contrato por horas de jornadas continuas era el instrumento perfecto para generar una simulación laboral que ocasionaba un perjuicio para los derechos de las personas trabajadoras. Además, era evidente que en este no existía una causa lícita, ya que el único fin con que se celebraba era para evitar aplicar las modalidades previstas por la ley para aquellas personas trabajadoras que se desempeñaban en ocho horas diarias. Nosotros creemos que esto ocurría gracias a la

---

<sup>222</sup> Publicado en el Registro Oficial No. 305 de 12 de abril de 2001. Este reglamento, actualmente se encuentra derogado.

<sup>223</sup> Si la modalidad era discontinua no se aplicaban las restricciones horarias consistentes en que la jornada diaria no podía superar las ocho horas, ni las cuarenta a la semana.

<sup>224</sup> La única prohibición que se impuso para esta modalidad contractual consistía en no se podía superar el límite del 40% de personas trabajadoras a plazo fijo.

deficiente regulación de la norma, ya que era muy fácil ocultar la verdadera modalidad contractual con el uso de esta figura.

En este punto cabe aclarar que la modalidad de contrato por horas de jornadas continuas tenía un máximo de 8 horas diarias, por lo que no era necesario que la persona trabajadora fuera contratada por una jornada menor y que el resto de las horas laboradas sean consideradas como extraordinarias. Ahora bien, también se podía configurar este supuesto, aunque no era necesario porque la propia ley lo permitía.

La sanción natural a este tipo de contratación era la nulidad del acto aparente y el reconocimiento de la modalidad contractual natural para este tipo de relación laboral.

Por otra parte, relacionando con el asunto principal de esta tesis, consideramos que este fue uno de los fundamentos para introducir al enriquecimiento injusto en el derecho laboral, ya que esta modalidad contractual estaba catalogada como una de las formas de precarización laboral que permitía la ley, aunado a que antes de la CRE de 2008, específicamente en el mes de diciembre de 2007, las estadísticas indicaban que el 3,8% de la población económicamente activa trabajaba bajo la modalidad de contratación por horas, lo que suponía más de 125 821 personas (Esteves, 2016, pp.11-12). Estas cifras, en un primer momento podrían significar muy poco, porque estamos hablando apenas del 4% de la población económicamente activa; sin embargo, esto debe ser analizado desde la perspectiva del tamaño del país, y por el hecho de que esta modalidad contractual también era considerada como una forma de precarización laboral al igual que la intermediación y la tercerización, que sumaban casi el 50% de la población económicamente activa.

En España el paralelismo de esta figura la podemos encontrar en el contrato a tiempo parcial previsto en el art. 12 del ET, en el cual se acuerda la prestación de servicios por parte de la persona trabajadora en una jornada inferior a la de tiempo completo, la cual puede realizarse de forma continua o dividida.

El problema de esta modalidad contractual consiste en su uso irregular, ya que permite ser un contrato fachada a través del que se oculte una jornada completa, es decir, la simulación se da con respecto a la jornada<sup>225</sup>, lo cual repercute de forma directa en la

---

<sup>225</sup> Sobre los antecedentes de la ratificación del convenio OIT de jornada máxima legal ver García Ninet, J.I. (1975). Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del trabajo: regulación

remuneración y en la cotización a la Seguridad Social, en la medida en que una persona trabajadora puede realizar la misma cantidad de horas que en una jornada completa a través de horas extras no remuneradas o una jornada casi igual (30 minutos inferior, por ejemplo) a la de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, a través de las denominadas horas complementarias que se pueden acordar entre las partes de la relación laboral<sup>226</sup>.

Desde nuestro punto de vista, este es un supuesto que encaja más en la simulación que en el fraude, por cuanto existe una norma de cobertura denominada contrato a tiempo parcial que sirve para ocultar un contrato a tiempo completo, así como el daño en el patrimonio de la persona afectada, ya que repercute de forma directa en el cálculo de indemnización por extinción, así como en la protección de la Seguridad Social, debido a que no se cotizó por la totalidad de las horas efectuadas.

Ahora bien, el hecho de que la cataloguemos como una simulación no implica que se lo deje de ver como un fraude, ya que, tal como afirmamos al inicio de este capítulo, el fraude es el género de la simulación, por lo que esta conducta también es un tipo de fraude.

#### **4.1.2.1.1.2. Trabajo de personas extranjeras**

El segundo supuesto que vamos a analizar en cuanto a la simulación absoluta en materia laboral es el caso de la persona trabajadora extranjera, desde dos enfoques.

Primero será analizado desde la perspectiva del derecho ecuatoriano, en el cual los extranjeros, para trabajar en el sector privado, no requieren de ninguna autorización laboral, siempre que tengan una condición migratoria regular, es decir, que sean residentes temporales o permanentes. El supuesto de simulación que vamos a analizar se circunscribe a una persona extranjera que no cuenta con estatus migratorio legal y, por lo tanto, no cumple con las condiciones que el país le exige para su permanencia, suscribe un contrato de trabajo con el objeto de obtener una residencia legal en el país, es decir, celebra un acto jurídico aparente que le permita crear una apariencia externa con el objeto de legalizar su estancia migratoria. En este supuesto,

---

de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. En *Revista de Trabajo n° 51, Ministerio de Trabajo*, pp. 122-123.

<sup>226</sup> El art. 12.5 ET regula el pacto de horas complementarias estableciéndose que, en el convenio colectivo, se puede establecer un porcentaje de las mismas entre el 30 y el 60% de las horas ordinarias del trabajo a tiempo parcial, lo que puede llegar a convertirlo en un trabajo prácticamente idéntico en horas al de un trabajo a tiempo completo.

el interés de la persona trabajadora consiste en crear la apariencia de que existe una relación laboral, para que se encuentre en situación de estancia legal en el país.

Segundo, será analizado desde la perspectiva del derecho español, que consiste en determinar la validez o invalidez de un contrato de trabajo celebrado con una persona extranjera que no tenga residencia legal en el país.

El primer supuesto fue analizado en Ecuador por la CSJ en la Sentencia de 4 de diciembre de 1975<sup>227</sup>, la cual ha quedado instaurada como doctrina aplicable, pero que, salvo error u omisión de nuestra parte, no se ha repetido. En este pronunciamiento se estableció:

«(...)Se deduce que no se trata de un contrato de trabajo real celebrado entre las partes, sino de un contrato simulado a celebrarse ante un Juez del Trabajo, que no aparece de autos haya llegado a formalizarse, o perfeccionarse, a tener practicidad y el que, al decir del demandado en su exposición a la Corte Superior de Quito, conllevaba como finalidad el propósito de alcanzar la visa legal para que la actora pudiera trabajar (permanecer) en el País, con la asignación falsa de una labor técnica a la actora. Todo lo cual no habla sino, de la ilicitud, por decir lo menos de la incorrección de las partes, frente a las autoridades nacionales».

El criterio sostenido nos lleva a advertir que este contrato de trabajo es un acto aparente que se adecúa a los supuestos de simulación absoluta, ya que no existe la intención de los contratantes por generar una relación jurídica laboral, sino únicamente para crear una apariencia que le permita a la persona extranjera obtener un estatus migratorio legal. Esto, aunado a que, al ser un supuesto de simulación absoluta, es evidente que carece de causa, de manera que no existe ningún compromiso patrimonial de las partes.

Por ello, el hecho de estar enmarcado en un supuesto de simulación absoluta genera como consecuencia una sanción de nulidad absoluta, ya que su única finalidad es causar un fraude que, en este caso, se produce contra el Estado, ya que es este el que va a cambiar un estatus migratorio por otro, con base en un documento aparente.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 4 de diciembre de 1975, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial 11. Año LXXVI. Serie XII. No. 11. P. 2316.

<sup>228</sup> Las normas que regulan esta materia son la Ley de Movilidad Humana expedida el 5 de enero de 2017 y publicada en el Registro Oficial No. 938 de 6 de febrero de 2017, así como el reglamento a la Ley de Movilidad Humana expedido el 3 de agosto de 2017 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 55 de 10 de agosto de 2017. En estos cuerpos normativos, se prevé que la condición de tener un contrato de trabajo con una persona natural o jurídica, debidamente constituida o domiciliada en el Ecuador, otorga la



El segundo supuesto versa sobre la persona trabajadora extranjera en España que es contratada sin tener los permisos necesarios, de manera que resulta controvertido determinar la validez de ese contrato, por haberse omitido un requisito. De forma previa, cabe recalcar que si esta persona es comunitaria no necesita de ningún permiso para trabajar en el país. Si la persona no es comunitaria, la situación varía en función de su situación migratoria.

El art. 7 inciso c) del ET reconoce que la persona extranjera está en capacidad de celebrar un contrato de trabajo siempre que cumpla con lo dispuesto en la legislación específica de la materia, que se refiere a la obligación de obtener una autorización de estancia o residencia legal en España, así como la autorización de trabajo correspondiente, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), en el caso de personas no comunitarias.

El problema surge cuando el extranjero que celebra el contrato se encuentra en una situación irregular por carecer de la autorización administrativa de estancia, residencia y trabajo. El incumplimiento de este requisito impide que los extranjeros puedan ejercer los derechos que les correspondería si estuvieran en una situación regular, sin embargo, esta limitación no implica que sean considerados como sujetos carentes de derechos.

Esto, por cuanto la condición de irregularidad no puede privarlos de los derechos que les otorga la CE por tener la condición de trabajador, unido a que, en el supuesto de que se celebre un contrato de trabajo por una persona extranjera en situación administrativa irregular, según Alfonso Mellado y Fabregat Monfort (2006, p. 1-24), no se puede negar que realmente el trabajo se haya prestado y que, en consecuencia, haya generado efectos jurídicos.

Por ello, el apartado 5 del art. 36<sup>229</sup> de la LOEx establece que la carencia de autorización no será causa de invalidez del contrato respecto de los derechos de la persona trabajadora, de manera que esta puede exigir a la empresa el cumplimiento de todas sus obligaciones laborales, sin perjuicio de que en la LOEx no se delimiten los derechos de la persona trabajadora extranjera sin autorización, salvo lo relativo a

---

facultad de acceder a una residencia temporal, y, posteriormente, a una permanente. Estas disposiciones las podemos encontrar en el art. 60.1 de la ley y 46.2 del reglamento.

<sup>229</sup> En este artículo, únicamente se hace la distinción respecto a que la persona extranjera que carezca de autorización de residencia y trabajo, quedará excluida de la prestación de desempleo.

su derecho a la libre sindicación. Es decir, la persona trabajadora extranjera tendrá derecho a que se le apliquen las normas que prevé el ET sobre los contratos de trabajo, lo cual implica que el contrato surte efectos entre las partes y en el caso de querer rescindirlo, la persona titular de la empresa debe seguir el procedimiento previsto para el efecto, así como alegar alguna de las causas previstas legalmente.

Desde nuestro punto de vista, la situación de la persona extranjera en situación irregular es muy complicada y la ley no puede dejar desprotegidos a estos trabajadores, ya que de hacerlo se podría llegar a una explotación laboral. El hecho que se incumpla con este requisito fundamental de orden público en el proceso de contratación no justifica la inexistencia del contrato de trabajo ni la pérdida de derechos, en la medida en que el trabajo se está realizando y el lucro hacia la persona titular de la empresa también se está produciendo. En el peor de los escenarios se estaría ante una nulidad relativa de este, la que puede ser subsanable a través de la obtención de la autorización de estancia, residencia y trabajo por parte de la autoridad administrativa, ya que la calidad de trabajador, así como de los derechos previstos en el ET se adquieren por la celebración de un contrato de trabajo. Esto, sin que esa omisión se convierta en un eximente para las responsabilidades a que puedan dar lugar.

Por lo tanto, el hecho de que exista una omisión en el proceso de contratación de una persona extranjera que podría generar una nulidad relativa del contrato de trabajo no implica que se deba dejar desprotegida a la persona trabajadora y que, por ello, pierda los derechos que la ley otorga. Además, compartimos el criterio de la doctrina en el hecho de que, pese a que exista una omisión en las formalidades previstas en el contrato de trabajo, se puede generar un enriquecimiento sin causa por parte de la empleadora si deja de cotizar a la Seguridad Social por esta persona trabajadora, así como por cualquier tipo de obligación que deje de cumplir.

La solución que plantea una parte de la doctrina (representada por Moreno Pueyo,[2004, p.142] y López Cumbre [2005, p. 125]) consiste en que el elemento preponderante en este supuesto es la realización de la actividad, por lo que la opción más universalista y solidaria para garantizar a la persona extranjera una igualdad de trato respecto a los españoles y a los ciudadanos comunitarios sería que esta pueda y deba solicitar la afiliación o el alta a la Seguridad Social, mientras exista una prestación laboral en curso, quien estaría obligada a aceptarla, de manera que las

cotizaciones surtirían los mismos efectos que las realizadas por una persona extranjera en situación regular o un nacional.

Esta solución es criticada por Márquez Prieto (2005, p. 110), debido a que esta es una opción que propicia indirectamente el incumplimiento en los requisitos para el acceso, la permanencia y el desarrollo de una prestación laboral regular en el país, sumado a que es una medida que genera un impacto económico importante, por cuanto, desde su punto de vista, incrementa el número de afiliados a la Seguridad Social, y porque hasta cierto punto se le estaría recompensando a la empresa y a la propia persona extranjera, según el criterio del autor, con la incorporación al sistema público pese a haber incumplido con los requisitos necesarios para el efecto.

Por su parte, Puebla Pinilla (2001, p. 24) establece que este reconocimiento de derechos no puede interpretarse como una regulación implícita de la persona trabajadora extranjera en situación administrativa irregular, ya que, a su modo de ver, esto abriría la puerta a que acceda a prestaciones no contributivas sin que tenga una residencia legal en el país; según el autor, sí se está otorgando un trato más favorable a esos trabajadores y a la vez penalizando a los empresarios con el pago del doble de unas cantidades que se imputa a cotizaciones y a sanciones por el incumplimiento de la normativa, al tener a una persona trabajando sin haber obtenido los documentos necesarios para ello.

Desde nuestro punto de vista, este es uno de los ejemplos en los que se puede promover una acción de enriquecimiento injusto de forma conjunta con las establecidas por la ley para solicitar el reconocimiento de la relación laboral o para exigir el cumplimiento de los demás derechos adquiridos producto de este contrato de trabajo viciado de nulidad.

Ahora bien, si la persona extranjera que está en una situación irregular en España o en Ecuador se ve obligada a retornar a su país, pero ha cotizado a la Seguridad Social, no tendría por qué perder esa cotización acumulada, por lo que se debería recurrir a los diversos convenios que tienen los diversos sistemas de Seguridad Social, tales como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social para Latinoamérica<sup>230</sup>. Esto, sin perjuicio de aquellos convenios bilaterales suscritos por diversos países, para determinar si las contribuciones realizadas en otro país se

---

<sup>230</sup> El Convenio se firmó el 10 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 1 de mayo de 2011. España y Ecuador lo han ratificado y han entrado en vigor el 1 de mayo de 2011 y 20 de junio de 2011, respectivamente.

pueden trasladar en el propio, al estilo de lo establecido en el ámbito europeo con los sistemas de coordinación de la Seguridad Social<sup>231</sup>.

A través de estos ejemplos se ha pretendido explicar la definición y los alcances de la simulación como un medio para generar un fraude a la ley. Existen otros ejemplos en los que se produce el fraude de forma directa, los cuales serán analizados a continuación.

#### **4.2. Incumplimiento de obligaciones**

En el capítulo anterior sostuvimos que, en términos generales, uno de los supuestos en los que se podría configurar el enriquecimiento injusto es en el incumplimiento de obligaciones. En materia laboral las obligaciones provienen ya sea de la ley o del convenio colectivo, o de un contrato de trabajo (individual o colectivo); sin embargo la mayoría de las obligaciones que se pactan en los contratos de trabajo están en concordancia con aquellas previstas en la ley. En este epígrafe únicamente estudiaremos los casos que, a nuestro modo de ver, son los más comunes y relevantes, en los que se puede configurar un enriquecimiento injusto como consecuencia del incumplimiento de obligaciones legales, tanto en España como en Ecuador.

Se puede entender por incumplimiento de obligaciones la situación en la que el deudor no ha realizado la prestación (dar, hacer o no hacer) al acreedor. En el derecho laboral la calidad de deudor y acreedor varía entre la persona trabajadora y la persona titular de la empresa en función del tipo de obligación que se haya adquirido, por ejemplo, en el pago de la remuneración el acreedor es la persona trabajadora y el deudor es el titular de la empresa, mientras que en la realización de la actividad es a la inversa, el acreedor es la persona titular de la empresa y el deudor es la persona trabajadora.

De todo lo que hemos podido estudiar, la mayoría de las veces el deudor de las obligaciones es la empresa, por lo que resulta evidente que, de producirse un incumplimiento en estas, quien estaría enriqueciéndose injustamente es la misma, sin embargo, esto no implica que la persona trabajadora esté exenta de que, a través de sus incumplimientos, esté inmersa en la aplicación de esta misma figura.

---

<sup>231</sup> Nos referimos al Reglamento (CE) n° 883/2004: sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y al Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del anterior.

Antes de adentrarnos en el análisis de los supuestos relevantes, es importante dejar claro que el incumplimiento de las obligaciones necesariamente tiene que estar enmarcado en una relación contractual, ya que, como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta investigación, no es posible que nazca una relación laboral si no existe un acuerdo de voluntades. Ya hemos visto cómo se puede configurar el enriquecimiento sin causa en los contratos imperfectos o viciados de nulidad. Sin embargo, hemos hecho solamente una pequeña referencia en el capítulo anterior respecto a que en los contratos perfectos sí se puede dar un enriquecimiento injusto que es equiparable a la responsabilidad civil contractual. En este sentido, cabe recalcar que, al existir un contrato de trabajo perfecto, existe un vínculo jurídico que crea la relación jurídica de las partes, lo que impediría que nos refiriéramos a enriquecimiento sin causa, sino que, por ello, debemos utilizar la acepción de enriquecimiento injusto, entendida como un principio general del derecho que propugna el equilibrio de las relaciones jurídicas.

Es indispensable abordar el estudio desde esta perspectiva, ya que, en caso contrario, estaríamos entrando en una contradicción respecto a lo que hemos venido sosteniendo a lo largo de la investigación. En este sentido, cualquier tipo de incumplimiento de obligaciones que se genere por las partes, siempre que exista contrato de trabajo perfecto, únicamente acarrea una responsabilidad contractual que puede ser coadyuvada en su fundamentación con el enriquecimiento injusto, con el objeto de reforzar los argumentos encaminados a acreditar que, a través de estos, se está generando un daño y como consecuencia la obligación de repararlo. Esto no implica una confusión en las figuras, ya que ha quedado claramente establecido que en un contrato de trabajo válido sí hay causa justificada que permita el desplazamiento patrimonial.

El hecho de que utilicemos la expresión *enriquecimiento injusto* en lugar de *enriquecimiento sin causa* para este caso no implica que sea inaplicable, ya que, como vimos en la primera parte de este trabajo, el enriquecimiento injusto está considerado como un principio general del derecho que sirvió como sustento para la creación de los principios de las relaciones laborales, de manera que si existe un incumplimiento en las obligaciones legales o contractuales resulta evidente que atentarán contra alguno de los principios ya estudiados.

#### **4.2.1 Obligaciones legales en Ecuador y España**

Las obligaciones legales en Ecuador y España son muy similares, por lo que únicamente nos referiremos de manera breve a las principales disposiciones legales que las contienen, así como a varios aspectos puntuales que consideramos relevantes para continuar con el desarrollo de este epígrafe.

En primer lugar, debemos señalar que las obligaciones laborales en España están presentes en un sinnúmero de disposiciones normativas. Consideramos que las tres básicas son:

- i. Las obligaciones establecidas en el ET, en el que se puede encontrar las condiciones mínimas de trabajo de que puede gozar una persona trabajadora, así como diversos deberes específicos, tales como la obligación de ocupar a las personas trabajadoras (art. 30), de favorecer la promoción y formación profesional en el trabajo (art. 23), obligación de no discriminar para el empleo (art. 17) u obligación de pagar puntualmente la remuneración pactada (art. 29).
- ii. Las obligaciones previstas en la Ley General de la Seguridad Social, las que están relacionadas con la afiliación, la cotización y las bajas que se puedan generar en la relación laboral.
- iii. Las obligaciones con relación a la prevención de riesgos laborales previstas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). En esta última se encontrará todo el proceso de creación, implementación y control de medidas de seguridad que garanticen la seguridad y salud en el trabajo, entre las que se encuentran la evaluación de riesgos (art. 14), la organización de la prevención (art. 15), la vigilancia periódica del estado de salud de las personas trabajadoras (art. 31) y la formación teórica y práctica de la persona trabajadora (art.19), entre otras.

En este sentido, la persona titular de la empresa y la persona trabajadora están obligadas a cumplir con todas las obligaciones legales impuestas en el ordenamiento jurídico, con el objeto de garantizar un correcto desarrollo de la relación laboral, en el que se vean protegidos los derechos de las personas trabajadoras, de los empresarios y del Estado con respecto a la Seguridad Social. Ahora bien, antes de analizar los supuestos relevantes de incumplimientos de obligaciones, queremos referirnos a los mecanismos que tienen las personas trabajadoras para exigir el cumplimiento forzoso de éstos.

De manera general, las personas trabajadoras está facultados para promover las acciones administrativas o judiciales que se encuentran reguladas por la Ley 36/2011, de 10 de octubre de 2011, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), ya que su ámbito de aplicación está delimitado a las cuestiones litigiosas que se presenten entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

Esta ley ha previsto una vía administrativa para la resolución de conflictos, que se encuentra regulada entre los arts. 63 a 73, y que ha considerado a la conciliación o la mediación como mecanismos idóneos para el efecto, en los que se propugna el diálogo entre las partes o a través de la asistencia de un tercero. En este sentido, la conciliación está concebida como un requisito previo para la tramitación del proceso, en la que se busca que la intervención judicial se produzca una vez que las partes han acreditado la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

La conciliación es un requisito previo para la tramitación del proceso, debido a que el art. 80 apartado 3 de la LRJS impone como uno de los requisitos para la presentación de la demanda acompañar la documentación que acredite haber intentado la conciliación, no haberla celebrado en el plazo o la alegación de no ser necesario agotarla.

Por regla general, el art. 63 de la LRJS establece que todos los conflictos que deben ser llevados obligatoriamente a la vía administrativa tales como la reclamación salarial, el despido, las sanciones, las indemnizaciones o cualquier otro incumplimiento de la persona titular de la empresa<sup>232</sup>.

Ahora bien, si la empleadora adecua su conducta a alguno de los supuestos considerados por el art. 50 c) <sup>233</sup> del ET como incumplimientos graves, la persona trabajadora está facultada para solicitar la extinción de su contrato, lo que generará

---

<sup>232</sup> No obstante, el art. 64 de la mencionada Ley, contempla un catálogo de conflictos que están exentos de agotar la conciliación obligatoria como son, entre otros: los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de las personas trabajadoras, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

<sup>233</sup> El art. 50 establece como excepciones a los incumplimientos graves, aquellos que se realicen por fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los arts. 40 y 41, cuando una Sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

como consecuencia la obtención de las indemnizaciones que le corresponderían si hubiera sido declarado improcedente el despido.

Para Lahera Forteza (2011, pp.1053-1058) el supuesto del art. 50 letra c debe contener dos características fundamentales: la primera, respecto a la gravedad del incumplimiento, la que se determinará por la propia conducta o por su reiteración; la segunda en cuanto a la culpabilidad, entendida como voluntad deliberada de incumplir el contrato, cuyo objetivo es el de excluir a la fuerza mayor.

Desde nuestro punto de vista, el castigo que le impone la ley a la empresa por incumplir las obligaciones forma parte de la tutela estatal que da origen al derecho social, ya que pretende equilibrar el poder de la empresa frente a la persona trabajadora. El autor nombra varios ejemplos de incumplimientos graves, como la inobservancia en las medidas de seguridad laboral, obligaciones frente a la Seguridad Social, afectación a la formación y promoción profesional, cualquier condición laboral —de origen legal, convencional o individual— en el marco del contrato de trabajo suscrito con la persona trabajadora, entre otros. Como se puede observar, son más amplios que los enumerados en el propio art. 50 ET, pues se ha considerado como una lista no exhaustiva, *numerus apertus*, de incumplimientos graves de la empresa.

En el caso de Ecuador, al igual que lo explicamos para el caso de España, las obligaciones<sup>234</sup> que deben cumplir las personas trabajadoras y empleadores se encuentran diseminadas en varias leyes, las principales de las cuales se encuentran concentradas en el CT y en la LSS. En el caso de las obligaciones patronales, el art. 42 del CT se ha encargado de enumerar la mayoría sin que exista ninguna categorización o rango de prioridad. Consideramos que la mayoría de las obligaciones que tiene la persona titular de la empresa son de naturaleza social y económica, las que para ser satisfechas requieren, necesariamente, del desembolso de recursos económicos. De ese modo, si se genera un incumplimiento de una de estas, la

---

<sup>234</sup> Las obligaciones que tiene el empresario con sus trabajadores son de carácter individual y colectivo. Si bien es cierto que el estudio del presente trabajo únicamente analizará las obligaciones en materia de derecho individual, es importante resaltar que las obligaciones que se originan en el Contrato Colectivo también son susceptibles de producir un enriquecimiento injusto. Esta temática, por su extensión podría ser analizada más adelante en un trabajo complementario a este. No obstante es importante resaltar que en el caso de España, como menciona el doctrinario Terrats Planell (1992, pp. 375-414) los convenios colectivos del sector privado, que se sujetan al Estatuto de los Trabajadores, están sujetos a un control de legalidad por parte de la administración lo que evidencia el papel fundamental que ha tenido Estado en el ámbito de la negociación colectiva. Además resalta que el rol del Estado dentro de este proceso no sólo se limita a ejercer su poder sancionador sino también a participar dentro de los procesos de mediación y arbitraje laboral cuando las partes presentan un conflicto.



empleadora está evitando un desplazamiento patrimonial a favor de la persona trabajadora, situación que se extingue si la empleadora cumple con la obligación.

Por ejemplo, una de las obligaciones sociales que está prevista tanto en España<sup>235</sup> como en Ecuador<sup>236</sup> consiste en que la empresa debe instalar un comedor, por lo que, si por cualquier motivo lo incumple, está evitando un desembolso de dinero en la adecuación del espacio, mobiliario, etc., lo que conlleva a generar un ahorro, que como se explicó anteriormente es un manera de enriquecimiento negativo. Por el hecho de estar amparado en un contrato de trabajo, este desplazamiento no es sin causa, sino que atenta contra los derechos de la persona trabajadora y a su vez contra los principios que justifican las disposiciones legales en las que está contenida la obligación.

De la misma manera, en Ecuador las personas trabajadoras deben cumplir con ciertas obligaciones, que se encuentran establecidas en el art. 45<sup>237</sup> del CT. Algunas de ellas son intangibles como el hecho de ejecutar el trabajo de manera adecuada o tener buena conducta en el trabajo, por lo que, si bien es cierto que podemos afirmar que el incumplimiento de estas genera un perjuicio patrimonial a la empleadora, no estamos en posibilidad de poder asignarle una cuantificación. Por ello para sancionar este tipo de incumplimientos la propia ley ha establecido sanciones graduales, que van desde una desde una amonestación verbal o escritas hasta un visto bueno lo que en el caso de España también encuentra su paralelismo con la imposición de sanciones graduales, que van desde una amonestación hasta el despido calificado.

Lo aquí explicado únicamente nos sirve de contexto para poder explicar los diversos casos de incumplimiento de obligaciones legales, que hemos identificado en ambos países, tomando como base mi experiencia profesional en Ecuador complementada con el nivel de discusión mediática que han tenido.

---

<sup>235</sup> La obligación de instalar comedores en España se genera en diversos supuestos, entre los que se encuentran: i) Cuando una empresa tiene más de 50 trabajadores en un mismo local; ii) Si los trabajadores no tienen dos horas para comer; iii) Si teniendo el descanso, este es inferior a dos horas efectivas o si se emplean para otros asuntos; o, iv) Si ha sido solicitado por la mitad del personal.

<sup>236</sup> La obligación de instalar comedores en el Ecuador, está revista en el art. 42. 4. Esta obligación nace cuando la empresa ha superado más de 50 personas trabajadoras, y el centro de trabajo se encuentre a más de dos kilómetros de la población más cercana.

<sup>237</sup> El catálogo de obligaciones de las personas trabajadoras que se encuentra establecido en el Art. 45 contiene 10 obligaciones básicas que deben cumplir en el ejercicio de un trabajo. Desde nuestro punto de vista todas son importantes, sin embargo podemos destacar a las siguientes: *Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos; observar buena conducta durante el trabajo; cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal*

#### **4.2.1.1. Casos relevantes de incumplimiento de obligaciones legales en España y Ecuador.**

En este epígrafe analizaremos algunos casos de incumplimientos de obligaciones legales que consideramos relevantes, debido al tratamiento jurídico o a la similitud que presentan los ordenamientos jurídicos en análisis y su potencial relación con el objeto de esta tesis.

##### **4.2.1.1.1. Horas extraordinarias**

En primer lugar, hemos querido abordar el incumplimiento de obligaciones empresariales que se da respecto a las horas extraordinarias, que es un supuesto que se produce tanto en España como en Ecuador, aunque varíe en cuanto al enfoque del problema. Explicaremos en qué consiste el incumplimiento de esta obligación en cada país, cuál es su problema y cómo se relaciona con el enriquecimiento injusto.

Para el caso de España, el art. 34.1 del ET establece que, sin perjuicio de que la jornada de trabajo pueda ser pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, esta no puede exceder de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual.

Ahora bien, la ley ha previsto la posibilidad de que la persona trabajadora también realice horas de trabajo que excedan la jornada ordinaria, a las que se les denomina horas extraordinarias, las cuales pueden ser voluntarias o por fuerza mayor. Para el análisis de este incumplimiento únicamente nos referiremos a las voluntarias, cuyo régimen jurídico es complejo, pero nos es útil para este asunto por varios aspectos. Primero, el propio ET establece que estas horas extraordinarias voluntarias están clasificadas en dos tipos: las de libre ofrecimiento por la empresa y libre aceptación de la persona trabajadora, sin que se vea obligada ni sancionada por ello; y las que estén pactadas en su contrato de trabajo o en el convenio como obligatorias.

Los arts. 35.1 y 35.2 del ET han regulado que ambos tipos de horas extraordinarias no podrán exceder las ochenta horas al año para una persona trabajadora a tiempo completo y respetar los descansos semanal (36 horas) y diarios (12 horas), salvo aplicación de normas especiales como el RD 1561/1995<sup>238</sup>, y que, mediante convenio

---

<sup>238</sup> En este sentido, es interesante destacar, como pone de relieve el profesor García Ninet, no parece que España cumpla claramente el límite de las 48 horas semanales, fijado por la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre del Parlamento y del Consejo, sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

colectivo o contrato individual, se pueda escoger entre pagarlas por un valor no inferior al valor de la hora diaria, o compensarlas con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, de manera que, si se hace efectivo el descanso, la empresa ya no está obligada a contabilizar esas horas como extraordinarias. No obstante, el art. 35.5 del ET impone la obligación a la empresa llevar un registro diario de las horas extraordinarias con el objeto de pagarlas a la persona trabajadora.

La problemática respecto a las horas extraordinarias voluntarias es justamente la retribución de estas horas, las que, como dijimos anteriormente pueden ser compensadas con descanso o pagadas. El propio ET indica que no computarán a efectos del máximo de las 80 horas anuales, aquellas que la empresa compense con descanso, lo cual incide de forma directa con la duración máxima de la jornada, ya que la persona titular de la empresa puede optar por no compensar, pero tampoco pagar. A esto le debemos añadir que el problema también radica en que las horas compensadas tampoco entran en el cómputo máximo de horas extras, lo que conlleva la posibilidad de que las personas estén largas temporadas del año trabajando en exceso bajo el pretexto de que estas horas serán compensadas.

Esta problemática se refleja en la encuesta de población realizada por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), que establece que, en el último cuatrimestre de diciembre de 2019, 376 000 trabajadores realizaron 2,96 millones de horas extras que no se cobran y que tampoco se cotizan. Además demostró que la mayoría de las personas trabajadoras que realizan horas extras sin cobrar son los hombres.

Estas cifras podrían poner en evidencia que la empresa considera las horas extraordinarias como parte de la jornada semanal, de manera que, pese a que la persona trabajadora está utilizando tiempo destinado para el descanso, realiza actividades para la empresa que no son pagadas y que tampoco cotizan a la Seguridad Social, lo que viola no solo las disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento español, sino que también atenta contra los principios del derecho al trabajo y los convenios y normas internacionales suscritos por el país.

Esta aparente conducta de incumplimiento reiterado por parte de los empleadores incentivó por una parte la promulgación del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, por el cual se aprobaron medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. En esta norma se impuso la obligación de

llevar un registro de la jornada de trabajo, y no solo de las horas extraordinarias, ya que estas según la exposición de motivos del RD, tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de los límites de la jornada, así como para posibilitar el control por parte de la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social.

Nos referimos también a la doctrina del Tribunal Supremo español al respecto.

El TS español venía manteniendo una línea clara respecto al criterio de interpretación sobre la obligación establecida en el art. 35.5 del ET, especialmente en las Sentencias de 23 de marzo de 2017<sup>239</sup> y 20 de abril de 2017<sup>240</sup>, en las que afirmó de manera categórica que el registro de jornada laboral era únicamente respecto a las horas extraordinarias, en la que excluía la obligación de control a la jornada ordinaria, lo que sustentó diciendo que esta decisión se ajustaba a lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre jornada laboral y ordenación del tiempo de trabajo.

Sin embargo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mientras se encontraba resolviendo el conflicto colectivo promovido por la Federación de Servicios de CCOO contra Deutsche Bank SAE, el 19 de enero de 2018, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) para que se pronunciara respecto a si a través de los arts. 34 y 35 del ET, según viene siendo interpretado por la jurisprudencia nacional, se ha adoptado o no las medidas necesarias para garantizar los límites de la jornada de trabajo y descansos que prevén los art. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88.

El TJUE, mediante Sentencia de 14 de mayo de 2019<sup>241</sup>, posterior a la promulgación del RD 8/2019, estableció que la normativa española tal como estaba siendo interpretada por el TS español iba en contra de la Directiva Comunitaria 89/391/CEE<sup>242</sup>, ya que se privaba a la persona trabajadora de tener un medio de prueba para comprobar el número de horas ordinarias y extraordinarias que venía realizando. Así mismo, establecía que el registro de jornada era un medio objetivo,

---

<sup>239</sup> STS 1275/2017, Sala de lo Social, 23 de marzo de 2017, Auto de aclaración no. 81/2016. Ponente José Manuel López García de la Serrana: .

<sup>240</sup> STS 1748/2017, Sala de lo Social, 20 de abril de 2017, R. de casación No. 116/1016; Ponente: Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

<sup>241</sup> STJUE 402/2019, Gran Sala del TJUE, 14 de mayo de 2019, Asunto: C-55/18; Ponente: E. Regan. Esta sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7698021>

<sup>242</sup> La Directiva 89/391/CEE, de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo entró en vigor el 19 de junio de 1989, otorgando un plazo de transposición a los Estados miembros hasta el 31 de diciembre de 1992. Fue publicado en el Diario Oficial L183 de 29 de junio de 1989.

viable y accesible para determinar las horas efectivas de trabajo, de manera que considera que se le debe imponer a la empleadora la obligación de tener este registro tanto para la jornada ordinaria como para la extraordinaria.

De la misma manera, en la sentencia europea citada se ha establecido que, si la empleadora no cuenta con un registro de jornada, basta con que la persona trabajadora aporte cualquier indicio para probar su existencia para que la empresa se vea obligada a acreditar que no se hicieron o que fueron compensadas, ya que a través de esta se impuso una presunción a favor de la persona trabajadora, que se ve obligada, eso sí, a iniciar procedimiento judicial en el orden jurisdiccional social para la reparación de su perjuicio.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la Sentencia dictada por el TJUE fue posterior a la promulgación del RD 8/2019, basándose en una situación de conflicto previa, pero el real decreto vino a reflejar una realidad y modificó el art. 34 del ET, incorporando a través del número 9 la obligación de llevar un registro diario de la jornada, que deberá incluir el inicio y el fin para cada persona trabajadora, así como la obligación de conservarlas durante cuatro años, la que deberá ser implementado mediante negociación colectiva, acuerdo de la empresa o decisión de la empleadora, previa consulta a las personas trabajadoras.

Desde nuestro criterio, la imposición de llevar un registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras es un mecanismo de control a los empleadores con respecto al pago de horas extraordinarias, pero también del cumplimiento de las jornadas de las personas trabajadoras, ya que también sirve para verificar su asistencia puntual al trabajo. En este punto, solo vale decir que, pese a que ley no lo dijera claramente, la doctrina ya venía sosteniendo que el registro de la jornada tenía que ser de la totalidad. Es interesante que para una solución firme a esta discrepancia haya sido necesario no solo un pronunciamiento del TJUE para su implementación, sino también un real decreto y una guía sobre implementación. Nos llama la atención, por cuanto esta obligación de registro de la jornada y de las horas extraordinarias, en Ecuador existe desde la promulgación del CT y ha resultado un mecanismo eficaz, cuya forma de control ha venido evolucionando: empezó siendo un registro manual y ahora, por el

avance tecnológico, en la mayoría de las empresas ya es biométrico (se registra a través de la huella o de la cara)<sup>243</sup>.

Ahora bien, consideramos que el incumplimiento en el pago de horas extras, tomando como base la falta de obligatoriedad de llevar un registro, es una figura que comparte más características con el fraude de ley que con un incumplimiento legal, ya que, sin perjuicio de que el art. 7.5 de la LISOS lo haya considerado como una infracción grave, lo cierto es que la empresa ha prevalido que no existía un medio de prueba idóneo para comprobar las actividades realizadas fuera de la jornada ordinaria, dejaba de pagar y cotizar las horas extraordinarias que por derecho debía recibir la persona trabajadora.

Este tipo de fraude evidentemente genera un perjuicio a la persona trabajadora, en el que sí se está generando un enriquecimiento sin causa, ya que, pese a que existe un vínculo jurídico y una relación jurídica vigente, se crea una situación jurídica aparente que, en realidad, ocultaba el fraude generado.

En el caso de Ecuador, la problemática con la jornada extraordinaria coincide con España en el pago de las horas extraordinarias, pero difiere en el pago que debe hacerse si supera el máximo legal establecido.

Como hemos señalado previamente, la definición de la jornada extraordinaria en España está dada por el art. 35 del ET y se refiere a aquellas horas que se excedan la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. En Ecuador no se contempla una definición como tal, sino que se puede inferir a partir del art. 50, que señala que la jornada de trabajo ordinaria no puede ser más de ocho horas al día y cuarenta a la semana, de tal forma que todo aquello que exceda de esta limitación se encuadra dentro de un horario extraordinario.

Las horas extras en el caso de Ecuador no están clasificadas en ninguna categoría, aunque sí existe un tratamiento distinto en función de la hora del día en que se

---

<sup>243</sup> La doctrinaria Burriel Rodríguez-Diosdado (2019, p.1-21: 2020, s/n) es muy crítica respecto al uso de estos mecanismos de control, ya que en estos se emplean datos biométricos, que no sólo son un requisito de acceso a un centro de trabajo, sino que a través de ellos, se puede obtener información de la salud de la persona trabajadora. Esto, permite que una empresa adquiera conocimiento directo de las condiciones de las personas trabajadoras, lo cual considera cuestionable desde el punto de vista legal, pero también moral, dado que se vulneran derechos fundamentales y pueden realizarse los mismos controles pero con sistemas menos invasivos.

realiza<sup>244</sup>, como lo explicaremos más adelante, no obstante debemos tener claro que su nacimiento puede darse, según lo regula el art. 55<sup>245</sup> del CT, por un convenio escrito entre las partes, dejando abierta la posibilidad de que se pacte por medio de uno o varios instrumentos jurídicos:

- i. El contrato individual.
- ii. El contrato colectivo.
- iii. El reglamento interno de trabajo, que es el instrumento por el cual la persona titular de la empresa regula las condiciones de trabajo que se darán al interior de la empresa, especialmente con respecto a funciones, conductas permitidas y prohibidas, y en general a aquellas obligaciones y prohibiciones a las que deben sujetarse las personas trabajadoras, en el desempeño de sus funciones dentro del tiempo de su permanencia en la empresa.
- iv. Cualquier otro documento, como un acta transaccional o un acuerdo de mediación.

Las horas extras están divididas en horas suplementarias y extraordinarias. Las horas suplementarias son aquellas que se realizan durante el día o hasta las 24:00 h, por lo que se paga la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias más un cincuenta por ciento de recargo. Por su parte, las horas extraordinarias son aquellas que se realizan entre las 24:00 h y las 06:00 h, y los sábados o domingos, por lo que se paga la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias más un ciento por ciento de recargo.

Es importante tener en cuenta que esa jornada, como su nombre indica, es extraordinaria, de manera que la propia legislación ha establecido que estas no podrán exceder de cuatro en un día, ni de doce en la semana según lo establece el número 1 del art. 55.

Ahora bien, en este caso hemos podido identificar un supuesto de aplicación del enriquecimiento injusto en materia laboral, objeto del presente trabajo de investigación, en el que podría incurrir tanto la persona titular de la empresa como la persona trabajadora, tal como a continuación desarrollaremos.

---

<sup>244</sup> Este aspecto se asemeja a las regulaciones de los convenios colectivos en España, donde podemos encontrarnos complementos según la hora del día de la hora extraordinaria, incidiendo mucho en las horas que se realizan en el horario nocturno (entre las 22 horas y las 6 de la mañana).

<sup>245</sup> Este artículo también prevé la obligación de que las horas extras estén previamente autorizadas por el Inspector del Trabajo

En los instrumentos legales correspondientes, se pacta una remuneración fija por la jornada ordinaria, dejando abierta la posibilidad de generar más ingresos por la realización de una jornada extraordinaria que se cumple fuera de las ocho horas diarias y cuarenta horas semanales.

Las horas extraordinarias generan un gasto extra para la empresa, cuya regulación en el caso de España se da por convenio o, en su defecto, por acuerdo individual, siempre respetando el valor de la hora ordinaria. En Ecuador la propia ley regula los recargos que fluctúan entre el 50 y 100% del valor de la hora ordinaria.

Si una empresa, por necesidades productivas (que varían en función del giro del negocio), requiere que sus trabajadores extiendan su tiempo de permanencia en la empresa, debe ser consciente de la obligación de pagar un valor adicional por esa labor extraordinaria.

Como se mencionó anteriormente, la ley limita el número de horas extraordinarias que se puede trabajar, aunque en la práctica podrían llegar a extenderse por encima del límite permitido. Sobrepasar la barrera del límite legal no implica que la empresa se libere de su obligación de cancelarlas o que pretenda su compensación a través de descansos. En el supuesto que la persona titular de la empresa no cancele el valor correspondiente por horas extraordinarias o que las compense con tiempo de descanso, se estaría enriqueciendo a costa del trabajo que efectivamente realizó la persona trabajadora.

Asimismo, existe la posibilidad de que las personas trabajadoras se queden dentro de la empresa para realizar cualquier actividad que no tenga relación con su trabajo, de tal manera que cabe recalcar que la empleadora que no desee que sus trabajadores se queden en la empresa más tiempo del que consta en sus contratos —por cuanto no hay necesidad en la producción o por el solo hecho de no querer adquirir una obligación en el pago de horas extraordinarias— debe implementar mecanismos de control para evitar que estos se queden en las instalaciones. Además el hecho de que se hayan pagado horas extras en años anteriores no implica que estas formen parte de la remuneración ordinaria u habitual.



Este supuesto concreto fue analizado por la CCEC en la Sentencia de 5 de agosto de 2009<sup>246</sup>, que estableció:

«(...) Su horario de trabajo fue de 07h00 a 15h00 y debido a que el colegio labora en dos jornadas, desde hace cuatro años y de manera ininterrumpida trabajó adicionalmente de 15h00 a 19h00, reconociéndole la cantidad de 223 dólares como horas extras (...) . El actor pretendió que se le pague horas extras, sin haber trabajado o devengado las mismas. El hecho de que en años anteriores haya cobrado este rubro no significó que se le esté debiendo ese rubro por concepto de sueldo».

Desde nuestro punto de vista, este es un claro ejemplo en el que la persona trabajadora pretendió hacerse acreedora de valores que no le correspondían, es decir, pretendía generar un desplazamiento patrimonial de la persona titular de la empresa hacia ella sin que existiese ningún sustento legal, ya que no acreditó que efectivamente hubiera trabajado todo el tiempo exigible, por lo que es indispensable que el órgano jurisdiccional, tal como hizo en la sentencia citada, verifique que existió un trabajo no remunerado, para que declare procedente o improcedente el reclamo de este.

Por otro lado, hemos identificado otro supuesto de enriquecimiento injusto por horas extraordinarias que se podría dar en función de las actividades que realice la persona trabajadora en la empresa, por ejemplo, en aquellas personas trabajadoras que realizan sus actividades fuera de la empresa como mensajeros y choferes, que ejemplificamos a continuación.

El conductor o conductora del gerente general de una empresa tiene fijada una jornada ordinaria de trabajo de 08:00 a 16:00. El objeto de su contrato es movilizar al gerente general a los lugares que él le ordene y, por tanto, estar disponible para ello en una determinada franja horaria. Si su superior jerárquico decide salir de la oficina a las 18:00 horas significa que el conductor o conductora en ese momento ha trabajado dos horas más fuera jornada ordinaria de trabajo. Estas dos horas extras generan una obligación de pago de la empresa hacia la persona trabajadora. La empresa para el hacer el cómputo del valor a pagar por concepto de horas extras solicita a la persona trabajadora un informe con el detalle de las horas trabajadas. La persona trabajadora al generar el reporte debió señalar únicamente las dos horas que su superior se demoró en salir más el tiempo de trayecto hacia su casa; sin embargo, reporta un total

---

<sup>246</sup> SCCE s/n; Corte Constitucional del Ecuador, 5 de agosto de 2009, Recurso extraordinario de protección No. 0095/09; Ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes.

de 5 y la empresa procede al pago de estas. De este ejemplo se puede desprender que la persona trabajadora solicita el pago de unas horas en las que no prestó ningún servicio para la empresa y, por lo tanto, no existía la obligación de cancelarlo. Este supuesto evidencia un pago de lo debido, a consecuencia de lo cual la persona trabajadora se enriqueció a costa de la empresa por una obligación inexistente.

Otro supuesto de enriquecimiento injusto por el pago de horas extras corresponde a aquellas personas trabajadoras que, una vez culminada su jornada laboral, no abandonan las instalaciones de la empresa. El control de la jornada ordinaria se puede dar por varios mecanismos, entre ellos la marcación biométrica en un reloj que registra la entrada y salida de las instalaciones de la persona trabajadora. En un escenario ideal, si la jornada laboral termina a las 16:00, el reloj biométrico debería marcar la salida de todos sus trabajadores a esa hora, con diferencias nimias de minutos, por lo que aquellos que registren su salida después de ese tiempo se presume que están realizando labores correspondientes a su actividad.

El hecho de permanecer en las instalaciones fuera de la jornada laboral genera para la empresa la obligación de pagar los valores correspondientes, pero esta permanencia no implica, necesariamente, que las personas trabajadoras se queden trabajando para cumplir los objetivos previstos por la empresa. El hecho generador de estas horas extraordinarias debe ser controlado efectivamente por la empresa para que no se produzca un abuso por parte de las personas trabajadoras, de manera que debe ser comprobable de manera documental el trabajo que se realizó en ese tiempo, lo cual se torna difícil cuando los trabajos son intelectuales, por ejemplo.

La forma de comprobación difiere en función del tipo de actividad que se realice. En el caso de los chóferes, en Ecuador, la CSJ en la Sentencia de 27 de septiembre de 2007<sup>247</sup>, establece que la prueba idónea para comprobar la realización de las horas extraordinarias en sábado y domingo es el denominado salvo conducto entregado por la empleadora.

Por ello, en el caso de la jornada extraordinaria depende de la empleadora los mecanismos de control que se adapten a fin de evitar abusos por parte de las personas trabajadoras. En el caso de las personas trabajadoras, el hecho de tener

---

<sup>247</sup> SCSJ s/n; Primera Sala de lo Laboral y Social, 27 de septiembre de 2007, R. de Casación No. 689/06, Ponente: s/n, Publicada en el Registro Oficial 631 de 10 de julio de 2009.

estos mecanismos de registro de jornada laboral ayuda a disminuir el incumplimiento por parte de los empleadores.

Por lo expuesto, podemos afirmar que las horas extraordinarias son un elemento de la relación laboral que genera un sinnúmero de problemas a las partes, unido a que también abre la puerta a que se generen abusos por parte del titular de la empresa y de las personas trabajadoras, que pueden llegar a configurar un enriquecimiento injusto. Consideramos que es indispensable implementar mecanismos de control mucho más eficientes que permitan disminuir este contingente, ya que, además de ser un incumplimiento de obligaciones, en el caso de España pudimos establecer que en ciertos casos puede desencadenar en un fraude de la ley.

#### **4.2.1.1.2. Incumplimiento en la normativa de prevención de riesgos laborales**

La seguridad e higiene en el trabajo es una de las obligaciones más importantes que deben cumplir la empresa y la persona trabajadora en el desempeño de las actividades diarias, el cual está estrechamente relacionado con derechos fundamentales como a la integridad física y moral o a la vida. Por ello en las últimas décadas esta situación ha obligado a que se desarrolle una legislación internacional, comunitaria y nacional que garantice el efectivo cumplimiento de esta.

En este apartado hemos querido hacer énfasis en el análisis desde la legislación española, debido a que es mucho más completa, sobre todo en las responsabilidades que se generan por el incumplimiento en los deberes de la empresa, y que podría servir de ejemplo para generar una mejoría en la regulación vigente en Ecuador.

La prevención de riesgos laborales es una obligación de la empleadora y de la persona trabajadora, pero recae el mayor peso en la empresa, la cual por su naturaleza es de medio y no de resultado, ya que el éxito depende de la correcta implementación y aplicación de la misma, de manera que, si uno de ellos no obra con la diligencia requerida, se pueden generar riesgos que devenguen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; es decir, la seguridad e higiene en el trabajo ser definida como la aplicación de medidas necesarias para evitar que se produzcan riesgos provenientes del trabajo.

En este punto, es importante revisar el marco normativo aplicable y que se debe observar al momento de diseñar e implementar estas medidas por parte de las personas trabajadoras y empleadores. Para ello, es preciso recordar que en el mundo

nos encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en el que se reconoce el derecho a la seguridad e higiene; la DUDH, que en su art. 3 reconoce el derecho a la vida; de la misma manera, podemos encontrar el Convenio 155 de la OIT (1981)<sup>248</sup> sobre seguridad y salud de los trabajos y medio ambiente de trabajo (en adelante, Convenio 155), cuyo principal objetivo consiste en que los Estados miembros creen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de las personas trabajadoras y medio ambiente de trabajo, en la que se prevengan los accidentes y daños para la salud de las personas trabajadoras, reduciendo las causas que puedan generar estos riesgos.

A nivel inferior haciendo un breve repaso, nos encontramos en primer lugar, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, que en su art. 3 reconoce el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, que comprende que las partes contratantes se comprometan a promulgar reglamentos de seguridad e higiene, tomar medidas para controlar la aplicación de los reglamentos y consultar a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo. Luego, en el ámbito de la Unión Europea, podemos advertir que está presente la Directiva Comunitaria 89/891/CEE, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, el 12 de junio de 1989<sup>249</sup>, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de las personas trabajadoras (denominada Directiva Marco).

En España las referencias normativas se encuentran, por una parte, en la CE. Son una serie de artículos ubicados tanto en el apartado de derechos fundamentales (art. 15 CE que reconoce el derecho a la vida, a la integridad física y la moral,) como en los principios rectores de la política social y económica (art. 43.1 que reconoce el derecho a la protección de salud, y en los arts. 40.2 y 43.2 impone a los poderes públicos la obligación de fomentar, velar y tutelar la seguridad e higiene en el trabajo). Por ello, consideramos que este análisis debe partir de que la protección de la seguridad e higiene en el trabajo no es un asunto aislado, sino que forma parte del derecho humano al trabajo.

---

<sup>248</sup> Adoptada por la OIT en Ginebra el 22 de junio de 1981, entró en vigor el 11 de agosto de 1983 y fue ratificada por España el 26 de julio de 1985. Ecuador no lo ha ratificado.

<sup>249</sup> Entró en vigor el 19 de junio de 1989 y fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea No. 183 de 29 de junio de 1989. Este documento impuso el plazo de transposición en los Estados miembros hasta el 31 de diciembre de 1992

Por otra parte, hacemos referencia al ET, que en sus arts. 4.2.d y 19.1 reconocen el derecho de las personas trabajadoras a su integridad física y a una política adecuada de seguridad e higiene; y a la LPRL (y el Reglamento de Servicios de Prevención), que fue la trasposición de la Directiva Marco europea en la legislación española, en la que se establecen las garantías y las responsabilidades para asegurar una protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, así como el marco de regulación de las normas reglamentarias<sup>250</sup>.

Una vez que tenemos claramente delimitado el marco normativo aplicable para garantizar la salud e higiene de las personas trabajadoras, corresponde fijar, de una manera sucinta, las obligaciones que tienen la empresa y las personas trabajadoras, ya que en todos los cuerpos normativos enunciados anteriormente se establece que el ámbito de aplicación es para todas las personas trabajadoras y empleadores, a excepción de la LPRL, que en su art. 3.2 excluye a policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, así como a Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil.

Esta normativa se ha centrado en los arts. 14, 15 y 16 en desarrollar respecto al deber de prevención de riesgos laborales y los principios de la acción preventiva. El deber de prevención de riesgos laborales según Rodríguez Izquierdo y Burriel Rodríguez-Diosdado (2010, pp. 38) consiste, a grandes rasgos, en que la empresa tiene un deber exclusivo de protección efectiva de las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales, que, si bien puede ser delegado a terceros para su cumplimiento, no implica que pueda externalizarse, en la medida en que recae sobre él la responsabilidad última de su cumplimiento. En este sentido, cabe destacar que, según la redacción del art. 14, parecería que el deber de prevención de la persona trabajadora es secundario, en la medida en que está estrechamente relacionado con el deber de obediencia, de

---

<sup>250</sup> Existen varias normas reglamentarias en España respecto a prevención de riesgos laborales, sin embargo hemos considerado que para el tema que se está abordando es suficiente mencionar las normas señaladas anteriormente, sin embargo únicamente como referencia, hemos querido enumerar los siguientes reglamentos: a) RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; b) RD 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de Señalización de Seguridad y Salud en el Trabajo; c) RD 486/1997, de 14 de abril, respecto a disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo; d) RD 487/1997, de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud relativas a la manipulación manual de cargas, que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares para los trabajadores; e) RD 488/1997, de 14 de Abril, sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud relativas al trabajo con Equipos que incluyen Pantallas de Visualización; f) RD 664/1997, de 12 de Mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a Agentes Biológicos durante el trabajo.

manera que quedaría limitado a cumplir con las instrucciones y órdenes empresariales dictadas en esta materia.

Ahora bien, la normativa conmina a que el deber de prevención no sea una mera formalidad, sino que requiere que la persona titular de la empresa elabore un instrumento en el que conste el diseño y la aplicación de la política empresarial en materia de prevención, con el objeto de eliminar los riesgos que sean susceptibles de ser eliminados y se reduzcan aquellos que no pueden desaparecer por ser inherentes a la actividad productiva. Esto no puede llevarse a cabo si no se hace de forma previa una evaluación de la situación real de sus riesgos y de su origen, para que esté en aptitud de atacarlo desde ahí.

En este sentido, es evidente que los sistemas de prevención que se construyan por parte de la empresa deben incluir todos los aspectos de la organización del trabajo y sus condiciones de trabajo, por lo que habrán de estar contemplados tanto los riesgos físicos como psicológicos, a fin de proporcionar una protección integral.

En lo que respecta a los principios de acción preventiva, el art. 15 fija un conjunto de nueve principios que la persona titular de la empresa debe seguir para identificar el mecanismo de prevención y las medidas que se van a adoptar, a los que nos iremos refiriendo de forma sucinta:

- i. Evitar los riesgos: Este principio tiene como finalidad no solo la reducción de los riesgos sino su eliminación, siempre que el tipo de riesgo lo permita, con el afán de conseguir condiciones de trabajo que permitan el desarrollo integral de la persona trabajadora.
- ii. Evaluar los riesgos que no se puedan evitar: Este principio establece que aquellos riesgos que por su naturaleza no puedan ser eliminados, deberán ser identificados, reducidos al máximo o controlados para que generen la menor afectación a las personas trabajadoras.
- iii. Combatir los riesgos en su origen: Este principio versa sobre que las medidas de prevención deben ser elaboradas para eliminar el riesgo desde la raíz, es decir, atacándolo desde su generación, ya sea para aislarlo o para evitar que se produzca un daño; no obstante si su naturaleza no permite su erradicación, se debe combatir el medio de transmisión y su posible recepción.
- iv. Adaptar el trabajo a la persona: Este principio implica que la concepción de los puestos de trabajo, así como la elección de los equipos y métodos de trabajo

deben estar pensados para disminuir la monotonía en el trabajo, la cual puede impactar de forma directa en la salud de la persona.

- v. Tener en cuenta la evolución técnica: Este principio tiende a que a través de la innovación tecnológica periódica se puedan eliminar o reducir los riesgos para la seguridad de la persona trabajadora.
- vi. Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro: Este principio tiene estrecha relación con el anterior, ya que acarrea la obligación al titular de la empresa de elegir equipos, métodos y procedimientos que conlleven menos riesgos para la salud de las personas trabajadoras.
- vii. Planificar la prevención integrándola en la organización de la empresa: Este principio establece que la planificación de la prevención debe tener en cuenta la organización y las condiciones propias de la actividad, así como las relaciones sociales y los factores ambientales del trabajo, en la que se busque una armonía de estos factores para que no influyan en los riesgos de la persona trabajadora.
- viii. Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual: Este principio conlleva la necesidad de velar por la totalidad de las personas trabajadoras, pese a que esto implique que solo algunos de las personas trabajadoras que están expuestos a riesgos que por su naturaleza no se puedan evitar o eliminar, de manera que estén obligados al uso de equipos de protección individual.
- ix. Dar las debidas instrucciones a las personas trabajadoras: Este principio implica que la persona trabajadora tenga conocimiento de la información sobre todos los componentes que integran la prevención de riesgos: la identificación, la evaluación de cada uno de los riesgos de la empresa y de cada puesto de trabajo, así como las medidas de prevención adoptadas. Esta información le permite a la persona trabajadora colaborar con la empresa en su cumplimiento y supervisión, así como para protegerse de manera correcta respecto a los riesgos a los que está expuesto.

En lo que respecta a las obligaciones de las personas trabajadoras, el art. 29.1 de la LPRL es enfático en determinar que cada uno de ellos debe cumplir las medidas de prevención que sean adoptadas según sus posibilidades, formación, nivel jerárquico y capacidad de toma de decisiones inherente al puesto, por su propia salud y seguridad, así como la de su entorno de trabajo. Esto, a criterio de Gallego Morales (2006, p. 363), es necesario para garantizar que en el desempeño de su trabajo no se esté

poniendo en riesgo colectivo e individual, lo que necesariamente comprende, entre otros, el correcto uso de los medios y equipos de protección personal, así como de la maquinaria y el equipo proporcionado.

Ahora bien, según nuestro criterio la ley es clara y establece una regulación suficiente para garantizar que el trabajo se desarrolle en un ambiente sano y saludable para las personas trabajadoras; no obstante, en la Estadística de Accidentes de Trabajo avance enero-diciembre 2019, realizada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, última publicada al respecto, se puede ver que el número de accidentes de trabajo con baja de las personas trabajadoras asalariados fue de 600 622, lo que refleja un incremento en un 1,7% respecto al año 2018. De la misma manera hubo un aumento del 2,6% en los accidentes de trabajo con baja en jornada para asalariados, ya que en 2019 se registraron 368 952 en varones y 148 452 en mujeres.

Estos resultados reflejan un crecimiento en la siniestralidad laboral y pueden estar justificados en los incumplimientos en la prevención y control de los riesgos laborales por parte de las personas trabajadoras y de los empleadores, partiendo de que la obligación de seguridad en el trabajo es muy amplia, abarca muchos conceptos, y el riesgo cero en una empresa no existe, por lo que es importante un buen diseño de la política de prevención de la empresa y una buena aplicación y seguimiento constante de esta.

El incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales genera una responsabilidad laboral tanto de la empresa como dueña del lugar de trabajo como de la persona trabajadora, en atención a las circunstancias, por lo que hay que distinguir el grado de responsabilidad que se genera para aquella, así como la responsabilidad que se le genera este.

La responsabilidad de la empleadora está regulada en el art. 42.1 de la LPRL. Ahí se establece que se pueden dar cuatro tipos de responsabilidad: civil, penal, administrativa y recargo de prestaciones, a las que nos referiremos de forma muy breve, por cuanto nos interesa profundizar en la relación que podría existir con el enriquecimiento injusto.

En primer lugar, la responsabilidad civil de la empresa se origina cuando las personas trabajadoras sufren daños como consecuencia de accidentes derivados e incumplimientos en la prevención de riesgos laborales, lo que para Moltó García



(2006, p. 158) conlleva el resarcimiento de los daños producidos, siempre que se acredite la relación de causalidad entre estos y la conducta imputable de la persona titular de la empresa, ya que de acreditar este nexo causal no es procedente la imputación a la empleadora.

La responsabilidad civil de la empleadora, según la doctrina fijada por el TS español, entre otras, en las Sentencias de 18 de julio de 2008<sup>251</sup>, 14 de julio de 2009<sup>252</sup> y 23 de julio de 2009<sup>253</sup>, tiene como fundamento la responsabilidad de culpa contractual, en el que se excluye de forma categórica que en estos supuestos se hable respecto a responsabilidad objetiva, sino que es derivada de un acto culposo de la empresa que incumplió los deberes de protección inherentes al contrato. Esta responsabilidad se convierte en extracontractual cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, porque los perjuicios causados se hubieran generado aun si no existiera el contrato.

Ahora bien, existen también causas de exoneración de esta responsabilidad que la empleadora está obligada a probar. Por regla general se constituyen cuando esta ha agotado toda la diligencia exigible. Aun así, se producen accidentes, es decir, la empleadora no incurre en responsabilidad cuando el daño se hubiera producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia no previsible de la persona trabajadora o por culpa de terceros no evitable.

Para que operen las causas de exoneración, la jurisprudencia ha impuesto la carga de la prueba a la empresa, cuyo fundamento se encuentra en la Sentencia dictada por el TS español el 30 de junio de 2010<sup>254</sup>, que establece:

«(...) ha de recalarse la aplicación analógica del art.1183 CC, del que deriva la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LEC, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impositivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de esta».

---

<sup>251</sup> STS 5138/2018, Sala de lo Social, 18 de julio de 2008, R. de casación para la unificación de doctrina no. 2277/2007, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

<sup>252</sup> STS 5485/2009, Sala de lo Social. 14 de julio de 2009, R. de casación para la unificación de doctrina no. 3576/2008, Ponente: Aurelio Desdentado Bonete.

<sup>253</sup> STS 5670/2009, Sala de lo Social, 23 de julio de 2009, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4501/2007. Ponente: Jordi Agusti Julia.

<sup>254</sup> STS 4801/2010, Sala de lo Social, 30 de junio de 2010, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4123/2008, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

De lo transcrito podemos observar que, a criterio del Alto Tribunal, la empleadora está obligado a acreditar que ha agotado toda diligencia exigible, más allá de las exigencias reglamentarias, ya que se parte de la presunción de que esta es la que siempre tiene la culpa de los accidentes de trabajo que ocurren.

En segundo lugar, nos encontramos con la responsabilidad penal, que se encuentra contemplada en el CP español, específicamente a los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras. En el art. 316 se establece una pena privativa de la libertad de seis meses a tres años para los empresarios que no faciliten los medios necesarios para que las personas trabajadoras desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene, poniendo en peligro su vida, salud o integridad física.

Este tipo penal sanciona una conducta omisiva, que consiste en incumplir los deberes de prevención de riesgos del trabajo, lo que implica que este es un delito de peligro y no de resultado, ya que basta con poner en riesgo la vida, la salud o la integridad física de la persona trabajadora para que se adecue. Por lo tanto no es necesario que se produzca una lesión en esta. En el caso de que se llegara a producir un accidente que genere lesiones o la muerte de la persona trabajadora, estaríamos frente a un concurso ideal de delitos con el homicidio o las lesiones.

Ahora bien, uno de los aspectos más relevantes en este punto consiste en que el CP, en su art. 318, ha previsto que, si la empleadora fuera una persona jurídica, los responsables serán los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los hechos, y sobre quienes conociendo el riesgo no hubieran adoptado medidas para evitarlo.

En este punto corresponde analizar desde la perspectiva penal lo que significa un accidente de trabajo. Para Martínez Atienza (2015, p. 91-232) este consiste en toda lesión corporal, incluso el fallecimiento o determinadas enfermedades profesionales, sufridas por la persona trabajadora como consecuencia de las tareas que desarrolla por cuenta ajena.

La empresa tiene una gran responsabilidad que afrontar respecto a la salud de sus trabajadores, ya que está en juego no solamente su patrimonio por el resarcimiento de los daños producto de la responsabilidad civil, sino también su libertad si la conducta se adecua a los delitos antes explicados. Es indispensable mencionar que además de estas responsabilidades la empleadora puede también incurrir en responsabilidades administrativas.

En tercer lugar, tenemos a la responsabilidad administrativa, que consiste en una sanción pecuniaria que se impone por incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales sujetas a control por parte de órganos administrativos, como se explica a continuación.

Las conductas que son consideradas como infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales, por lo general, son aquellas acciones u omisiones de los empleadores respecto a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas que se encuentran comprendidas en la LPRL. La sanción dependerá de la clasificación de la conducta.

Para estar en aptitud de establecer la gravedad de conducta que realiza la empleadora, debemos remitirnos a la LISOS junto con el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para Imposición de las Sanciones por Infracciones del Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, en los que se establece la gradación de la conducta, el procedimiento sancionador, así como los plazos de prescripción de cada una de ellas. En este caso, lo que debemos resaltar es que, para llevar a cabo el proceso administrativo sancionador, se deberá cerciorar que exista una conducta que inobserve la norma, y que la misma se encuentre tipificada y sancionada en la ley, ya que se debe respetar los principios de *nullum pena sine lege* y *lex preavia* y *lex certa*, propios de los sistemas sancionadores.

En cuarto lugar, encontramos al recargo de prestaciones. Según Ginès i Fabrellas (2013, p. 17), consiste en un valor que se acumula a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad civil. La finalidad de este concepto, de acuerdo con la doctrina sentada por el TS español en Sentencia de 2 de octubre de 2000<sup>255</sup>, versa sobre evitar accidentes de trabajo originados por infracciones que sean imputables a la persona titular de la empresa. Además, se pretende con este recargo, impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber de seguridad, incrementando la responsabilidad de la empresa, para que no le resulte menos gravoso indemnizar a la persona que sufre el accidente que implementar las medidas necesarias para evitar que se produzca, en primer lugar.

---

<sup>255</sup> STS 6419/2002, Sala de lo Social, 2 de octubre de 2002, R. de casación para la unificación de doctrina no. 228/2001. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete.

En el caso de Ecuador, el marco normativo de la seguridad e higiene en el trabajo en todo el mundo es el mismo que se describió en España. Debemos incorporar, no obstante, que en Ecuador es equiparable a la norma comunitaria. Se encuentra la Decisión 584, dictada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por la cual se promulga el Instrumento Andino de Seguridad y Salud Ocupacional<sup>256</sup>, cuyo objeto consiste en mejorar las condiciones de trabajo y proteger la integridad física y mental de las personas trabajadoras.

En Ecuador podemos encontrar, en primer lugar, el art. numeral 5 del art. 326 de la CRE, que reconoce el derecho de las personas a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicia que garantice su seguridad, higiene y bienestar. Luego, podemos encontrar en los arts. 410 y 38 del CT la obligación de prevención de riesgos laborales, que consiste en que los titulares de las empresas están obligados a asegurar a las personas trabajadoras condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o vida y, como consecuencia, de ellos sufriera un daño personal, estará obligado al pago de una indemnización por concepto de resarcimiento.

Por otra parte, encontramos que en el art. 155 de la LSS se contempla la existencia de un *seguro general de riesgos del trabajo*, que protege a la persona afiliada y a la empleadora a través de programas de prevención de riesgos derivados del trabajo y acciones de reparación derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Al hablar de las responsabilidades en que incurre la empresa por incumplimiento en la prevención de riesgos laborales, hemos podido identificar dos tipos de responsabilidades claras, que serán señaladas de forma sucinta por la similitud que tienen con las ya explicadas en el caso de España.

En primer lugar, encontramos la responsabilidad de tipo civil, que se produce cuando la persona trabajadora sufre un daño derivado de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional que, según referimos al citar la disposición pertinente del CT, consiste en una indemnización que tiene por objeto el resarcimiento del daño.

En segundo lugar, encontramos la responsabilidad administrativa que, de conformidad con el art. 16 del acuerdo ministerial, consiste en la imposición de multas por el

---

<sup>256</sup> Dado en Guayaquil, República del Ecuador, el 7 de mayo de 2004.

incumplimiento en la obligación de elaborar, aprobar e implementar las normas preventivas de salud y seguridad.

En tercer lugar, encontramos que, en la legislación penal, el incumplimiento de las normas de prevención no tiene como tal un tipo penal que tipifique esta conducta; no obstante, podría tener un grado de aplicabilidad cuando el siniestro ya ocurrió y la persona trabajadora ha sufrido lesiones o haya fallecido, en cuyo caso será necesario remitirse a los arts. 152 y 145 del COIP, siendo considerados como delitos culposos. En este punto, cabe recalcar que en el cometimiento de estos delitos no puede ser sancionada la persona jurídica, ya que únicamente se prevé como sujeto activo a la persona física.

Por último, solo nos queda entablar la relación que tiene este asunto con el enriquecimiento injusto. Como hemos venido sosteniendo, si bien los incumplimientos de las obligaciones legales son una cuestión de responsabilidad contractual, no es menos cierto que estas infringen disposiciones legales que tienden a conseguir el equilibrio y la protección de las relaciones laborales.

En el incumplimiento de la prevención de riesgos laborales confluye, por una parte, el derecho a la salud, seguridad e integridad de la persona trabajadora, y por otra el costo tan elevado que le representa a la empresa elaborar todos estos planes de prevención, por lo que al igual que, en los demás supuestos, la omisión en el cumplimiento de estos supuestos no solo produce una desventaja entre la persona trabajadora y la empleadora, sino que, en este caso puntual, su ahorro económico implica una falta de desplazamiento en su patrimonio, es decir la configuración de un enriquecimiento negativo, y que sus implicaciones son mucho más graves, ya que puede ocasionar las lesiones o la muerte de un ser humano.

Por ello, consideramos que, si bien la legislación laboral y de la Seguridad Social está construida para imponer la elaboración de políticas de prevención, lo cierto es que es necesario que las responsabilidades en que incurra la persona titular de la empresa por su incumplimiento sean tan fuertes, en la medida en que la afectación para la persona trabajadora no puede ser analizada sólo desde la perspectiva de un patrimonio inmediato, con la falta de entrega de los equipos de seguridad, sino que incide directamente en el hecho de que la persona es como tal el patrimonio que se aporta en el desempeño de la actividad, aunque se materialice en sus conocimientos o en su mano de obra.

Si tenemos en cuenta estas consideraciones, resulta evidente que tampoco se puede hablar de un enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora al momento de recibir una indemnización derivada de un accidente de trabajo, ya que en esta no solo se cuantifica el daño emergente producto del propio accidente, sino el lucro cesante, en el que se debe tener en cuenta las circunstancias específicas de la persona en la que esté comprendida su expectativa y nivel de vida.

Consideramos que el incumplimiento de obligaciones en la prevención de riesgos laborales es uno de los supuestos que, si bien no se denomina enriquecimiento injusto negativo, lo cierto es que se configura perfectamente en el ámbito contractual y cuyo resultado genera como consecuencia la restitución del patrimonio a través de una indemnización. Por lo que, podemos estar en aptitud de afirmar que existen casos en los que se configura un enriquecimiento injusto en el derecho laboral, pero que han sido estructurados utilizando otras instituciones jurídicas que comparten el mismo trasfondo.

#### **4.2.1.1.3. Atraso, falta de pago o disminución de la remuneración**

Otro de los casos comunes de incumplimiento de obligaciones, por parte de la persona titular de la empresa, consiste en el atraso, falta de pago o disminución de la remuneración de la persona trabajadora y las sanciones que el ordenamiento jurídico ha previsto para este supuesto. Vamos a comenzar el estudio a partir de la legislación ecuatoriana, en la que haremos énfasis en diversos criterios jurisprudenciales que nos permiten entender el alcance de las sanciones por su incumplimiento. Posteriormente nos referirnos de forma breve a la regulación española.

Como vimos anteriormente, en la remuneración está comprendido todo lo que la persona trabajadora recibe en dinero, en servicios y en especie, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios o suplementarios, comisiones, participación en beneficios, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio, es decir la contraprestación que recibe por el servicio que realiza, y que constituye su principal fuente de subsistencia. Además, en el caso del Ecuador señalamos que, gracias a la forma en que se aplicaba del principio de intangibilidad en relación con el concepto de derechos adquiridos, el valor de la remuneración tampoco podía ser disminuida.

Para comenzar con el análisis, debemos referirnos a los tipos de remuneración que prevé la ley. El art. 13 del CT ha previsto que la remuneración puede ser de sueldo fijo, con participación en las utilidades de la persona trabajadora; o mixta, que implica el sueldo fijo más una comisión. En este sentido, el art. 83 del CT ha impuesto la obligación a la empresa de hacer el pago de la remuneración en un plazo máximo de una semana, si se trata de trabajo jornal; o en un mes, si se trata de remuneración. De esta manera, si no se realiza el pago o si se hace con retraso, se está incurriendo en un incumplimiento por parte de la empresa.

Al referirnos al incumplimiento en el pago de la remuneración, podemos establecer que esta puede ser de dos tipos, total o parcial, ya sea porque no se haya pagado la totalidad o porque se haya hecho con retraso. Además, existe la posibilidad de que la empleadora pague por concepto de remuneración un valor inferior al que se venía pagando, es decir, que se haya disminuido. En la mayoría de los casos se genera un atraso en el pago de la remuneración, debido a que los empleadores no cuentan con la liquidez suficiente para satisfacer la obligación. Existen casos en los que la falta de pago de la remuneración es parcial, porque los empleadores pagan únicamente el sueldo base, pero se demoran o no pagan lo correspondiente a comisiones.

Este tipo de incumplimiento para ser sancionado requiere de la existencia de un procedimiento administrativo en Ecuador que se denomina *visto bueno*. El visto bueno es un proceso administrativo que se sustancia ante la Inspección del Trabajo, en el cual tanto la persona titular de la empresa como la persona trabajadora fundan sus pretensiones y excepciones para acreditar o desvirtuar la ocurrencia del hecho. Para que este proceda se debe verificar que la conducta esté prevista como las causales presentes en el CT. Este proceso administrativo es similar a un juicio. Se inicia con una solicitud y termina con una resolución administrativa, en el que las partes tienen el derecho a un debido proceso. Pueden ser oídos con la compañía de un abogado, así como ofrecer todo tipo de pruebas. El inspector del trabajo, investido de jurisdicción, decide si la relación laboral continúa o si se termina.

El visto bueno puede ser solicitado por la empleadora y también por la persona trabajadora, de manera que, si se obtiene una resolución que declara la terminación de la relación laboral, las consecuencias jurídicas que acarrea también dependen de quién la promovió. Si la resolución de visto bueno declara la terminación de la relación laboral por una falta cometida por la persona trabajadora, la empleadora queda exenta del pago de indemnizaciones; sin embargo, si se declara la terminación de la relación

laboral por una falta cometida por la empleadora, la persona trabajadora tiene derecho a recibir la indemnización por despido intempestivo<sup>257</sup> y la bonificación por desahucio<sup>258</sup>.

En lo que respecta a las causales previstas por el CT para poder llevar a cabo este proceso, el art. 172<sup>259</sup> hace referencia a las causales por las que la empleadora puede solicitar el visto bueno, y en el art. 173<sup>260</sup> hace mención de las causales por las que la persona trabajadora lo puede hacer.

Para el caso que estamos analizando, el atraso, la falta de pago o la disminución de la remuneración es la causal número 2 del art. 173 del CT, y basta con que la empleadora haya incumplido con esta obligación para que la persona trabajadora esté en aptitud de acudir ante la inspección de trabajo para que previo el proceso correspondiente se declare por terminado el contrato de trabajo.

La CSJ, cuando ha tenido que revisar la legalidad de las resoluciones administrativas que dictan los inspectores de Trabajo respecto al incumplimiento de esta obligación, en las Sentencias de 30 de junio de 2008<sup>261</sup>, y 27 de febrero de 2007<sup>262</sup>, ha establecido claramente que la carga de la prueba corresponde a la empleadora, de manera que, si no se ha podido acreditar a través de recibos, cheques, transferencias o cualquier otro medio que se ha hecho el pago de forma puntual o completa, será procedente la declaración de terminación ilegal del contrato.

---

<sup>257</sup> El despido intempestivo es la terminación del contrato de trabajo por parte de la persona titular de la empresa de forma abrupta, lo que genera como consecuencia el pago de una indemnización que corresponde a 1 mes de remuneración por cada año de servicio.

<sup>258</sup> El desahucio es el aviso que da el trabajador al empleador notificando su voluntad de terminar el contrato de trabajo, sin embargo en este estudio lo que interesa es que la indemnización que se le debe otorgar es del 25% de la remuneración por cada año de servicio.

<sup>259</sup> Se prevén 8 causales en las que la persona titular de la empresa puede basarse para seguir el procedimiento administrativo de terminación de contrato de trabajo, denominado visto bueno. Entre estas causales podemos encontrar a las faltas repetidas e injustificadas, la indisciplina o desobediencia a los reglamentos internos, la falta de probidad, entre otros.

<sup>260</sup> Se prevén 4 causales por las que la persona trabajadora puede iniciar un procedimiento de terminación del contrato. Entre ellas se encuentra la falta o el atraso en el pago de la remuneración, así como las injurias o el cambio de ocupación.

<sup>261</sup> SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 30 de junio de 2008, R. de casación No. 17/2005; magistrados jueces Dres. Teodoro Coello Vázquez, Gastón Alarcón Elizalde. Magistrados, Dr. Héctor Miranda Vargas, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 195 de 18 de mayo de 2010.

<sup>262</sup> SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 27 de febrero de 2007, R. de casación No. 387/2004, Magistrados Jueces Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo, Rubén Bravo Moreno, publicado en el Registro Oficial No. 34 de 24 de marzo de 2008.



Para el caso específico de la remuneración que se haya dejado de pagar sea mixta, el criterio jurisprudencial dictado en la Sentencia de 7 de septiembre de 1999<sup>263</sup> por la CSJ ha constituido una presunción a favor de la persona trabajadora cuando esta se deja de pagar, que dice:

«(...) En esta parte resulta del todo claro que efectivamente la remuneración que recibía el actor era mixta, circunstancia que, de paso, no ha sido negada por el recurrente y antes bien, implícita o explícitamente ha sido aceptada. Lo anterior se desprende de diversas actuaciones procesales, particularmente del informe pericial y de sus anexos (...), de las que aparece que el actor recibió valores por cuenta de comisiones durante el período comprendido entre el 1o. de enero de 1994 y el mes de abril de 1996, siendo que, durante este último año efectuó cobranzas hasta julio, de tal manera que resulta obvio la falta de pago por este concepto por el período comprendido entre mayo y julio de 1996. Entonces, se insiste, si desde enero de 1994 el actor recibió mensualmente valores por comisiones que variaban de acuerdo a las cobranzas, es obvio que al no pagársele ni un solo centavo en los últimos meses, teniendo derecho a ello en proporción a las cobranzas que efectuó, se dio la causal 2 del Art. 173 del Código del Trabajo»

Desde nuestro criterio, el razonamiento es acertado, en tanto que, si una persona trabajadora venía percibiendo una remuneración con cierta periodicidad y, de repente, se deja de pagar la parte correspondiente a las comisiones, queda claro que la empleadora está incurriendo en un incumplimiento a sus obligaciones.

En lo que respecta al incumplimiento en el pago de remuneraciones, consideramos que el incumplimiento no solamente infringe una disposición legal, sino que atenta contra los derechos de la persona trabajadora y con los principios de las relaciones laborales, ya que se le está privando de su medio de subsistencia y la libre disposición que tiene de este. De este manera, si la persona trabajadora no acude a cobrar la remuneración o se niega a recibirla por cualquier discrepancia que pudiera existir en la cantidad o la forma de liquidación de esta, se podría consignar ante la autoridad laboral correspondiente.

Por eso creemos que el incumplimiento o atraso en el pago de remuneraciones efectivamente requiere la imposición de una sanción tan dura como es la terminación del contrato de trabajo, ya que la empleadora sí se está enriqueciendo de forma injusta por el trabajo que ya se realizó y no se pagó, o que se haya pagado de forma

---

<sup>263</sup> SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 7 de septiembre de 1999, R. de casación No. 26/1999; magistrados jueces Dres. Hugo Quintana Coello, Miguel Villacís Gómez y Jaime Velasco Dávila, publicada en el Registro Oficial No. 311 de 4 de noviembre de 1999.

extemporánea. Cabe recalcar que, como hemos venido sosteniendo, en el caso del incumplimiento de obligaciones contractuales o legales no se puede utilizar la acepción de sin causa, sino la de injusto, ya que esta es la que busca el equilibrio de las relaciones jurídicas basadas en el principio de equidad, de manera que resulta evidente poder ver un abuso por parte de la empleadora a la persona trabajadora.

Este supuesto ha sido analizado por la CSJ en la Sentencia de 16 de abril de 1998<sup>264</sup>, el cual ha sido enfático en manifestar:

«(...) se expone a que el trabajador alegue ante los Jueces del Trabajo que el empleado incurrió en mora en cuanto al abono de sus remuneraciones o que, a través de un procedimiento doloso o de mala fe, pretendió privarle de ciertos emolumentos a manera de sanción, enriqueciéndose injustamente así la empresa».

En lo que respecta a la disminución de la remuneración, habíamos establecido que esta conducta infringe la norma, pero también el principio del derecho al trabajo respecto a la intangibilidad de los derechos adquiridos, de manera que cualquier tipo de disminución o afectación debe estar regulada por la ley o con previa autorización de la persona trabajadora; no obstante, sí existe una disminución indebida. La CSJ en la Sentencia de 26 de noviembre de 1980<sup>265</sup> estableció:

«(...) en el caso de remuneraciones, en atención a esta norma constitucional y al art. 86 del Código del Trabajo que establece que la remuneración no puede ser disminuida ni descontada sino en la forma autorizada por la Ley, ni las disposiciones emanadas de organismos competentes, ni los convenios individuales, ni contratos colectivos, no pueden ir hacia el desconocimiento de Decretos o Acuerdos que las fijan; CUARTO.- De conformidad con la disposición del art. 172 del CT el trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno este caso de disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada».

Por ello, es evidente que existe un sinnúmero de pronunciamientos judiciales que coinciden en que el incumplimiento, atraso o disminución de las remuneraciones a las personas trabajadoras abre la posibilidad de plantear un procedimiento administrativo en el que se declare terminada la relación laboral y, en consecuencia, se obligue a la

---

<sup>264</sup> SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 16 de abril de 1998, R. de casación no. 252/1997, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No.11, P. 2891.

<sup>265</sup> SCSJ S/n, Primera Sala de lo Laboral y Social de la CSJ, 26 de noviembre de 1980, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XII. No.11 Pag.2384

empleadora al pago las mismas indemnizaciones que si se hubiera terminado el contrato de forma unilateral.

En este mismo sentido, es importante señalar que el art. 94 del CT impone una sanción correspondiente al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas en el último trimestre adeudado a favor de la persona trabajadora, si para su entrega fue necesario promover una acción judicial, sumado a los intereses legales propios de la deuda contraída.

En el caso de España, la figura que se equipara a todo el procedimiento explicado consiste en la extinción del contrato de trabajo por voluntad de la propia persona trabajadora, previsto en el art. 50 b) del ET, el cual faculta a la persona trabajadora a solicitar ante el órgano judicial la extinción del contrato de trabajo producto de un incumplimiento en el pago de la remuneración, entendido como retraso puntual en el pago o impago.

Sempere Navarro (2012, p. 1), Alonso Olea (1993, p. 16), Rodríguez-Piñero y Fernández López (1998, p.36) consideran que la declaración de voluntad unilateral de la persona trabajadora, que produce por sí mismo el efecto extintivo de la relación contractual, debe tener fundamento en causas justas, ya que, si este elemento no existe, se considera que la terminación de la relación contractual era ilegítima o antijurídica.

El problema con el que nos enfrentamos en esta extinción del contrato por parte de la persona trabajadora consiste en saber en qué momento puede este abandonar la empresa, es decir, si antes de presentar la demanda de extinción del contrato —por la vía del procedimiento ordinario, eso sí— o después.

La doctrina sentada por el TS español al respecto, la podemos encontrar, entre otras, en las Sentencias de 13 de julio de 2017<sup>266</sup>, 3 de diciembre de 2013<sup>267</sup>, 16 de julio de 2013<sup>268</sup> y de 22 de enero de 2008<sup>269</sup>, en las que se establece que la persona trabajadora puede abandonar la empresa, después de presentar la demanda, de tal forma que quedará a expensas de lo que determine la sentencia. Si la sentencia es

---

<sup>266</sup> STS 3115/2017, Sala de lo Social, 13 de julio 2017, R. de casación para unificación de doctrina No. 2788/2015, Ponente: Rosa María Viroles Piñol

<sup>267</sup> STS 6517/2013, Sala de lo Social, 3 de diciembre de 2013, R de casación para unificación de doctrina No. 141/2013, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

<sup>268</sup> STS 4358/2013, Sala de lo Social, 16 de julio de 2013, R. de casación para unificación de doctrina No. 2275/2012, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

<sup>269</sup> STS 744/2008, Sala de lo Social, 22 de enero de 2008, R de casación para unificación de doctrina No. 335/2007, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

estimatoria, se le reconocerá el derecho a indemnización y desempleo; si es desestimatoria, no se reconoce ninguna indemnización ni prestación de desempleo, y tampoco conserva la fuente de empleo debido al abandono.

Los fundamentos en los que se basa el TS español para permitir estas sentencias consisten en la analogía que presenta el art. 50 de ET con el art. 54 y 1124 del CC español, que consiste en que la facultad resarcitoria puede ejercerse no solo por vía judicial, sino también mediante una declaración dirigida a la otra parte, que quedará en reserva de los órganos judiciales examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada. De la misma manera, justifica el abandono del trabajo por parte de la persona trabajadora en estas circunstancias, teniendo en consideración el hecho de que no se le puede obligar a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. La persona trabajadora está en posibilidad de optar por promover una acción resolutoria y continuar trabajando en la empresa durante el tiempo que esté tramitándose la controversia, o bien dejar de prestar los servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo los resultados del proceso.

Desde nuestro punto de vista, el criterio sostenido por el TS español tiene diversos enfoques, que también son aplicables en el caso ecuatoriano, ya que es consciente que la persona trabajadora no puede estar condicionada a la revisión de la causal de extinción del contrato para que pueda abandonar su empresa, ya que esto implica que los salarios tampoco sean pagados de forma completa o puntual, lo que de por sí ya constituye un perjuicio patrimonial. Esto conlleva que la persona trabajadora esté fácticamente imposibilitada de aceptar cualquier otra fuente de empleo, lo cual también podría llegar a desencadenar en un perjuicio profesional. Desde nuestro punto de vista, se debe analizar este aspecto desde el hecho de que el salario es, en principio, la única fuente de sustento económico que tiene una persona, por lo que, si no se permite que pueda abandonar el trabajo en el que no está recibiendo ningún pago pese a que realiza la actividad, resulta evidente que no solo se enmarca en un supuesto de enriquecimiento injusto contractual, sino que puede llegar a ser una explotación moderna amparada por la ley, lo cual violenta los principios de las relaciones laborales que fueron analizados anteriormente.

Este es un supuesto que refleja claramente los elementos del enriquecimiento injusto en un contrato de trabajo, ya que se incumple una de las principales obligaciones de

este, lo que genera como consecuencia el desplazamiento del patrimonio de la persona trabajadora a través del desempeño de la actividad y, a la vez, una ausencia de desplazamiento patrimonial por parte de la persona titular de la empresa en el pago de la remuneración, lo que implica un enriquecimiento negativo.

#### **4.2.1.1.4. Utilidades**

Otro de los supuestos en los que mayor incumplimiento encontramos por parte de la empleadora es el pago anual por utilidades, la cual estudiaremos únicamente desde la perspectiva del derecho ecuatoriano, por el amplio desarrollo que se le ha dado. Las utilidades son un derecho que tiene la persona trabajadora para recibir una parte de las ganancias netas que la empresa genera en un año fiscal.

Aunque este análisis se realice desde la perspectiva del derecho ecuatoriano, no podemos dejar de mencionar que, si bien en España no se encuentra normalizado, se podría asemejar a las diversas primas que otorgan los empresarios. Según García Viña (2012, p. 813), las primas pueden ser denominadas participación o reparto de beneficios que se deja al arbitrio del poder negocial de las partes en un convenio colectivo, es decir, que las personas trabajadoras y los empresarios podrían fijar esta compensación como un derecho que nace del convenio colectivo y en el mismo instrumento regular su compensación económica, periodicidad, etc.

Ahora bien, el apartado e) del art. 5 del ET establece el deber de la persona trabajadora de contribuir a la mejora de la productividad, que consiste en un deber primordial para la colaboración en la buena marcha de la producción, del comercio o en la prosperidad de la empresa a que pertenece.

En este sentido, cabe señalar que, para López Anioite (1997, p. 45), el estancamiento de la productividad ni su reducción constituyen automáticamente incumplimientos contractuales de la persona trabajadora, dado que el precepto exige tan solo que contribuya a su incremento, pero no que lo garantice, lo cual resulta lógico porque, como es obvio, aquella no depende exclusivamente de la actuación de una de las personas trabajadoras. Además, este es un deber de configuración variable, cuyo alcance deberá determinarse caso por caso atendiendo a circunstancias como la cualificación profesional de la persona trabajadora, las tareas que realiza o su posición jerárquica dentro de la empresa.

Una vez que hemos realizado esta puntualización, resulta indispensable comenzar a estudiar la regulación de este derecho en la legislación ecuatoriana.

En primer lugar, debemos mencionar que el pago de utilidades a las personas trabajadoras es una obligación que nace en la Constitución, en el art. 328 de la CRE, donde se establece que solo las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades de las empresas.

En este punto nos podríamos plantear por qué solo las personas trabajadoras del sector privado pueden cobrar utilidades. Para contestar esta interrogante, primero debemos recordar que la actividad estatal no está encaminada a generar ganancias, de manera que las personas trabajadoras tampoco están contribuyendo con sus actividades a generar más o menos ganancias, lo que, en un primer momento, nos podría aclarar cualquier tipo de duda.

Ahora bien, ¿qué pasa con las personas trabajadoras de una parte del sector público ecuatoriano, en el que el Estado es dueño de empresas públicas que realizan actividades comerciales al igual que las empresas privadas, a saber, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que brinda servicios de telefonía fija y celular, así como internet; o, incluso, el Banco del Pacífico una entidad financiera que presta servicios bancarios a los ciudadanos, etc., empresas públicas que, evidentemente, fueron creadas para generar un lucro al Estado?

Si nos remitimos al art. 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial n.º 48 de 16 de octubre de 2009 (en adelante, LOEP), quedan claro que los objetivos de esta ley eran gestionar los sectores estratégicos para fomentar y desarrollar el Estado, así como para proteger la provisión de bienes y servicios a los usuarios. Esto nos lleva a concluir que, si bien es cierto que estas empresas generan ganancias, estas están destinadas al desarrollo del país.

Por ello, es indiscutible que las personas trabajadoras del sector público, independientemente de la entidad en la que trabajen, no tienen derecho a recibir utilidades, ya que es una obligación para las empresas del sector privado<sup>270</sup> que tengan ánimo de lucro, y en las que la actividad de la persona trabajadora repercute de forma directa en la producción y ventas de la misma.

---

<sup>270</sup> Con excepción de los artesanos y aprendices.

La CSJ, en la Sentencia de 12 de julio de 2006<sup>271</sup>, tuvo que analizar si una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro tenía la obligación de pagar utilidades a sus trabajadores, a lo que resolvió:

«(...) es decir, constitucional y legalmente es procedente el reparto de utilidades en las actividades comerciales con fines de lucro; sin embargo, adicional, doctrinaria y fundamentalmente debe observarse el fin que persigue la empresa y si como resultado de sus gestiones se obtienen: a) utilidades; o, b) simplemente excedentes, o un superávit de capital; para en el primer caso de los mencionados proceder a la distribución de las mismas; más en el segundo caso planteado, en una corporación sin fines de lucro, al no generarse utilidades, simplemente tal distribución no sería procedente, ya que "...las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre socios o integrantes de la persona moral que los genera..." (Álvaro Tafur Galvis, citando jurisprudencia del Consejo de Estado en: Personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, tercera edición, Editorial Temis, pág. 8); en la especie reiteramos, no corresponde distribuirse tal rubro por ser ajeno a la naturaleza intrínseca de la Corporación Finanfondo, cuyos fines se dirigen a objetivos previsionales, de solidaridad y para cubrir ciertas eventualidades de sus socios, no evidenciándose que ellos estén destinados a fines comerciales que generen utilidades, sino que el excedente que cada ejercicio económico produjo debió reinvertirse en la misión básica de dicha corporación, la misma que insistimos no está guiada por un interés comercial».

Queda claramente establecido que las personas privadas sin fines de lucro tampoco tendrían la obligación de pagar utilidades. También queda claro que es respecto de las utilidades que se van a distribuir a los socios que se debe apartar el porcentaje correspondiente con las personas trabajadoras.

A nuestro modo de ver, el derecho a recibir utilidades se puede concebir desde tres perspectivas. La primera, como una forma de retribución que atiende a la relación intrínseca que existe entre trabajo y capital, ya que no puede existir la una sin la otra. La segunda, que es un mecanismo de compartir el riesgo en el éxito, ya que si la empresa tiene ganancias la persona trabajadora puede recibir el porcentaje que le corresponde por haber coadyuvado a su obtención. En el caso de que la empresa tenga pérdidas, la persona trabajadora no adquiere ninguna obligación y se queda

---

<sup>271</sup> SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 12 de julio de 2006, R. de casación no. 386/2006m magistrados Dres. Teodoro Coello Vázquez, Gastón Alarcón Elizalde y Hernán Peña Toral, Publicado en el Registro Oficial No. 55 de 2 de abril de 2007.

únicamente con lo que le corresponde por derechos adquiridos. La tercera, respecto a un incentivo en la calidad del trabajo, ya que si la persona trabajadora es más eficiente y utiliza de mejor manera los recursos puede reducir los costos operativos y de esta manera generar más utilidades para la empresa y, por ende, un mayor valor para él.

Ahora bien, en lo que respecta a la regulación de este derecho, el art. 97 del CT fijó que el 15% de las utilidades líquidas de la empresa fueran entregadas a la totalidad de las personas trabajadoras, independientemente del cargo que ocupasen, las que serían repartidas de la siguiente forma: 10% por cada persona trabajadora y 5% de acuerdo con las cargas familiares. El valor que reciban las personas trabajadoras variará cada año fiscal, ya que depende de que en el balance de la empresa se haya obtenido una ganancia. Una vez que se haya descontado los impuestos correspondientes, se estará en aptitud de calcular el valor que corresponde por utilidades.

En este punto, es evidente que la generación de ganancias está ligada no solamente al desempeño de las personas trabajadoras, sino a varios factores de mercados: la elevación de costos de producción, la disminución de las exportaciones, la contracción del mercado interno o la menor actividad industrial y comercial. La empleadora puede crear factores que aumenten los costos para que en el balance de la compañía se reflejen pérdidas para evitar el pago de este valor, como llevar una doble contabilidad o tener empleados a través de empresas que presten servicios de descentralización productiva.

Con el objeto de evitar la evasión de este pago a través del uso de la esta figura, la legislación ecuatoriana determinó que las personas trabajadoras de las empresas de actividades complementarias participarían del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio, salvo que las utilidades de la empresa que realiza las actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, la persona trabajadora solo percibirá estas.

Por lo expuesto, se puede evidenciar que la persona trabajadora está siendo beneficiada en cualquier caso y que la norma le brinda de una protección especial porque este no tiene acceso a los balances o al Estado financiero de la empresa para comprobar si se le está o no perjudicando en sus derechos.



Resulta interesante destacar la diferencia que existe con España, ya que en el art. 64.4 literal a) del ET se reconoce como un derecho de información, consulta y competencia, el conocimiento periódico, por parte de los representantes de las personas trabajadoras, de las cuentas y balances en los mismos términos que para los socios, lo que nos podría llevar a pensar que el manejo económico de la empresa sea más transparente.

En cuanto al uso de estrategias tributarias para la disminución o no pago de este valor, el art. 107 del CT ha previsto una sanción pecuniaria, que la impone la entidad administrativa correspondiente, en este caso el Ministerio del Trabajo, previa fiscalización del Servicio de Rentas Internas. Es lo fundamental que esta falsedad sea dolosa e imputable a la persona titular de la empresa.

Es evidente que, en el caso de manejar una doble contabilidad o de aumentar los gastos para que, en el balance de la compañía, se refleje una utilidad muy baja o una pérdida. Más que ser un incumplimiento de obligaciones, es un fraude que se genera a través una declaración falsa ante los órganos de control, con el fin de evitar el pago que por concepto de utilidades le debió corresponder a las personas trabajadoras. Al hablar de fraude, es claro que existe un enriquecimiento injusto por parte de la empleadora, ya que evita que salga de su patrimonio un valor que por disposición legal le corresponde a la persona trabajadora.

Ahora bien, en este caso no solamente se puede dar un enriquecimiento por parte de la empleadora como explicamos anteriormente, sino que también la persona trabajadora puede encuadrarse en este supuesto.

Como se mencionó anteriormente, las utilidades en el Ecuador se pagan en función de dos rubros: el 10% para todos las personas trabajadoras y, el 5% en función de las cargas familiares que tenga la persona trabajadora, que están entendidas, para el efecto, como cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad. En este sentido, para que la persona trabajadora se haga acreedora de este porcentaje, requiere acreditar el número de cargas familiares a través de documentos idóneos como son las partidas de matrimonio, la declaración de unión de hecho en el caso de acreditar cónyuge o conviviente y a través de partidas de nacimiento con respecto los hijos.

Por ejemplo, una persona trabajadora de la empresa A fue contratada en el año 2012 y reportó en ese momento que tenía cónyuge y cuatro hijos. Bajo este criterio se

realizó el pago de utilidades de ese 5%, en el que se tuvieron en cuenta cinco cargas familiares. Sin embargo, para el año 2014 la persona trabajadora no informó de que uno de sus hijos había fallecido y al siguiente año la empresa siguió pagando el valor correspondiente en función de las cinco cargas antes reportadas.

El problema aquí se origina una vez que la persona trabajadora deja de tener una carga familiar y la empresa, por desconocimiento de este incidente, sigue pagando el monto correspondiente por cinco cargas familiares, lo que produce un pago indebido y un beneficio patrimonial de la persona trabajadora en perjuicio del patrimonio no solo de la empresa, sino del resto de trabajadores, que deben recibir su pago en función de las cargas familiares.

Este es uno de los únicos supuestos en los que hemos podido encontrar que se produce enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora, que se enmarca básicamente en un pago de lo no debido, en el que la empresa debe aplicar los mecanismos de control suficientes para evitar que estas prácticas se produzcan. No hemos podido encontrar ningún pronunciamiento realizado por algún órgano jurisdiccional que haya analizado este supuesto.

En este caso, al no existir una acción directa para reclamarle a la persona trabajadora este pago indebido, se podría intentar promover una acción directa de enriquecimiento injusto, por configurarse los elementos necesarios que fueron explicados anteriormente.

#### **4.2.1.1.5. Derechos de propiedad intelectual**

Las actividades que se pueden realizar dentro de una relación laboral no solo están encaminadas al uso de la fuerza, sino también a la creación intelectual, de manera que se generan derechos que ya no solo se enmarcan en la protección de la legislación laboral, sino también del derecho de propiedad intelectual.

El presente análisis debe partir de la causa del contrato laboral y de su principal efecto jurídico. Como se explicó anteriormente, la causa del contrato de trabajo consiste en la cesión remunerada de los frutos por parte de la persona trabajadora a la empresa, cuyo principal efecto jurídico es que este último obtenga un beneficio de tales frutos, por lo que, en un primer momento, se podría pensar que la persona trabajadora, al estar encasillada en una relación de trabajo por cuenta ajena, pierde todo tipo de derechos sobre el resultado de este trabajo.

Hay que recordar que en España y en Ecuador la legislación prevé que existan dos tipos de derechos que nacen con la creación de una obra: los de carácter moral y los de carácter patrimonial.

Los derechos morales del autor o autora en Ecuador, según el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de abril de 1996 (en adelante, LPI) y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ingenios (en adelante, CI) de 9 de diciembre de 2016, son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, mientras que los derechos patrimoniales constituyen el derecho de explotación de su obra.

Como se ha podido determinar, la persona trabajadora no puede renunciar a los derechos morales que le pertenecen por la creación de la obra, lo que enmarca la problemática en el derecho de explotación que se ha cedido al empleador y sus posibles limitaciones.

Los derechos patrimoniales en la relación laboral en España se encuentran regulados en dos cuerpos legales que son la Ley de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, de 24 de julio de 2015 (LP), y en la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de abril de 1996.

En la LP se regula el régimen aplicable respecto a los inventos de la persona trabajadora que contemplan las circunstancias en las cuales se pueden generar inventos dentro de la relación laboral. Según Burriel Rodríguez-Diosdado (2014, pp. 581-598), en la Ley se encuentran regulados tres supuestos, que son los inventos de servicio, los inventos de explotación o empresa y los inventos realizados por el docente universitario.

Respecto de los inventos de servicio, el art. 15 de la Ley de Patentes establece que cualquier invento que realice la persona trabajadora en relación con el objeto de su contrato pertenece a la empresa, sin que genere una compensación suplementaria, salvo que la aportación personal dentro del proceso de invención excediera el contenido del contrato de trabajo, explícito o implícito en cuyo caso, conforme al art. 16 LP podría pertenecer el invento a la persona trabajadora.

Al hablar de los inventos de explotación o empresa el art. 17 de la LP, determina que la persona titular de la empresa tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o reservarse un derecho de utilización de aquellos inventos en los que la persona

trabajadora haya utilizado de manera predominante tanto los conocimientos adquiridos en la empresa como los medios de esta. La persona trabajadora tendrá derecho a una compensación económica justa, que será establecida en función de la aportación propia de la persona trabajadora con relación a la importancia de la invención y el valor de los conocimientos facilitados por la empresa.

El tercer supuesto corresponde a los inventos que realiza el docente universitario en el ámbito de sus funciones como docente e investigador, dentro de la relación laboral que mantiene con una universidad. El art. 21 de la LP determina que la universidad es la titular de esas invenciones y que puede cederlas al docente que las inventó. También se encuentra facultada de reservarse una licencia no exclusiva, intransferible y gratuita de su explotación. En el caso que el docente obtuviera beneficios por la explotación de su invención, la universidad tendrá derecho a una participación que se encuentra determinada en los estatutos de esta.

Esta cesión de derechos se previó en el art. 51 del LPI, el cual abre la posibilidad de que, a través de un acuerdo o de un pacto, entre la persona titular de la empresa y la persona trabajadora se determine las condiciones en las cuales se cederán esos derechos. Estas condiciones se podrán establecer tanto en el contrato individual de trabajo como en un documento aparte, en el cual se fijarán los derechos a ceder la duración, el territorio a explotar, entre otros. En el caso de que las partes no hubieran llegado a un acuerdo o a falta de este pacto escrito la ley, prevé unas condiciones específicas en dos casos específicos:

- i. Si no hay pacto escrito, se presume que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual de la empresa en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de esa relación laboral.
- ii. Si la transmisión es *inter vivos*, la cesión, en caso de no prever tiempo, quedará limitada a cinco años; la del ámbito territorial, al país en el que se realice la cesión.

Esto se contrapone con la disposición del art. 115 del CI ecuatoriano, en la que establece que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia es de su autor o autora. Este puede ceder sus derechos patrimoniales a la empleadora sin que eso signifique la posibilidad de explotarlas por su parte. Además, el autor o autora tendrá derecho a una remuneración equitativa por la explotación de su obra.

En el caso de España, la disposición que contempla que esta cesión exclusiva es únicamente para las actividades habituales de la empresa, mientras que en Ecuador la cesión de los derechos patrimoniales no se puede hacer respecto a obras futuras, a menos que esté establecido en el contrato el objeto de la creación y que no exceda de cinco años en hacerlo.

Es importante hacer esta diferenciación, por cuanto la legislación española garantiza que los derechos patrimoniales que devienen de una obra, a falta de regulación de las partes, se enmarquen únicamente en la actividad específica, mientras que en la legislación ecuatoriana estos derechos son exclusivos de la persona trabajadora. Para que la persona titular de la empresa tenga derecho de explotación se tiene que realizar necesariamente una explotación.

Este es un caso en el que perfectamente se podría configurar un enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora, ya que, según nuestro criterio, la regulación ecuatoriana, al otorgarle la titularidad patrimonial de la obra y conferirle el derecho de explotación personal así se haya realizado una cesión de derechos a favor de la empleadora, está olvidando que la persona trabajadora ya recibe una remuneración por esa actividad. Además, en algunos casos los insumos que utiliza para crear la obra fueron provistos por la propia empresa y bajo su directriz.

Abrir la posibilidad de que exista una explotación por parte de la persona trabajadora de forma paralela a la que realiza la empleadora, generaría un doble rédito económico para el autor o autora, ya que en la remuneración que recibió por el desempeño de su trabajo estuvo comprendida la obra que produjo. El CI ecuatoriano es claro: esta debe ser justa.

Ahora bien, según nuestro criterio, el hecho de que la ley haya utilizado el concepto de remuneración justa enmarca toda la regulación dentro de un ámbito subjetivo, lo que pudo haber sido resuelto si se establecía que en el valor de remuneración de la persona trabajadora, siempre que sea mayor a los mínimos legales, estaba comprendido cualquier tipo de compensación que por explotación le correspondiera, ya que, como mencionamos anteriormente, este tipo de regulación subjetiva resta seguridad jurídica, aunado a que cualquier tipo de enriquecimiento que se hubiera podido generar está enmarcado dentro de la relación contractual de trabajo, de manera que no genera un derecho de restitución.

De la misma manera, hemos detectado otros dos supuestos en España, en los que se podría configurar un enriquecimiento injusto en la Ley de Patentes, específicamente en el art. 18 y 21.3; y, en el 18.4.

En el primer supuesto, estamos ante una persona trabajadora que no sigue el procedimiento previsto en la ley, que consiste en comunicar a la empresa o a la universidad, por escrito, respecto a la invención realizada, para que esta pueda ejercer los derechos que le corresponden y, por el contrario, decide explotarlo por su cuenta. En este caso, además estar sujetos a la sanción prevista en el art. 18.1 de la LP, que consiste en que la persona trabajadora que incumpla con este procedimiento perderá los derechos que le solicitar una patente y de explotar su invención, estamos ante un evidente incumplimiento legal, que genera como consecuencia un enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora, ya que no solo viola el deber de información, sino que a través de la explotación que realiza está en capacidad de obtener un rédito económico que, necesariamente, implica un desplazamiento patrimonial en su favor, y en detrimento de la empresa.

Ahora bien, este escenario sería completamente distinto si la persona trabajadora, pese a cumplir con el proceso de notificación, no recibiera respuesta de la empresa en un plazo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la recepción de la comunicación escrita, ya que caducaría su derecho y la persona trabajadora estaría facultada a presentar una solicitud de patente.

En el segundo supuesto español, estamos frente a la posibilidad de que la empresa, valiéndose de cualquier medio, logre que la persona trabajadora renuncie a los derechos de solicitar una patente y explotar la invención, con el objeto de ser el titular exclusivo de esta. En este caso, es evidente que la empresa está incumpliendo los procedimientos que fija la ley y que se encuadrar en el supuesto previsto en el art. 18.4 de la LP, ya que, a través de su actuación, está generando un detrimento en los derechos de la persona trabajadora.

En su virtud, consideramos que, en este ámbito, es posible que se den varios supuestos de enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora y de la empresa, pese a que se encuentran enmarcados en una relación jurídica perfecta, por lo que podríamos estar en aptitud de plantear como solución a estos supuestos el promover una acción de enriquecimiento injusto con el objeto de restituir el patrimonio

desplazado. Salvo error u omisión de nuestra parte, en España parece ser que esta solución solo puede ser abordada en la vía civil.

#### **4.2.1.1.6. Finiquito**

El finiquito es uno de los casos que genera más controversia en la materia, a nuestro modo de ver, ya que este consiste en la liquidación de haberes pendientes una vez que ha terminado la relación laboral, en la que deben constar los ingresos de la persona trabajadora y también los descuentos.

En Ecuador, el art.170 del CT establece que la única formalidad que requiere este documento para ser válido consiste en que deberá ser otorgado ante el Ministerio del Trabajo; no obstante, la CNJ, en la Sentencia de 16 de enero de 2013<sup>272</sup>, ha sentado doctrina estableciendo que, además, este documento deberá ser pormenorizado, es decir, deben constar los valores correspondientes a derechos adquiridos que corresponden a vacaciones no gozadas, bonos (en el caso de que estuviera previsto), sobresueldos, remuneración no cancelada (en el evento que el contrato hubiere culminado antes de las fechas de pago), horas extraordinarias y suplementarias, y, de existir, los valores correspondientes a meras expectativas que implican las indemnizaciones por despido o desahucio en los eventos que el contrato de trabajo haya terminado de forma abrupta y violenta.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el finiquito es un documento elaborado de forma unilateral por la empleadora, de manera que la persona trabajadora tiene la opción de aceptarlo o rechazarlo. En el caso de que lo aceptara, se presumiría que existe una extinción de la obligación, es decir, en principio tiene un valor liberatorio; sin embargo, el art. 595 del CT ha previsto la posibilidad de que la persona trabajadora pueda impugnar este documento ante el órgano jurisdiccional correspondiente, ya sea que lo haya o no suscrito. En este sentido, la CSJ, en las Sentencias de 28 de marzo de 2007<sup>273</sup> y 25 de mayo de 2004<sup>274</sup>, se ha delimitado únicamente a cinco causales de procedencia dicha impugnación:

---

<sup>272</sup> Recurso No. 552/2008; Resuelto por la Sala de lo Laboral de la CNJ

<sup>273</sup> SCJS s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 28 de marzo de 2004, R. de casación s/n; Jueces: Drs. Gastón Alarcón Elizalde. Hernán Peña Toral. Teodoro Coello Vásquez; Publicada en la Gaceta Judicial 3. Año CVIII. Serie XVIII. No.3, P. 1096.

<sup>274</sup> SCJS s/n, Tercera Sala de lo Laboral y Social, 25 de mayo de 2004, R. de casación s/n; Jueces: Drs. Jorge Ramírez Álvarez. Ángel Lescano Fiallo. Nicolás Castro Patiño; Publicada en la Gaceta Judicial 1. Año CV. Serie XVIII. No.1, P. 256.

- i. En ella no se hubieren hecho constar todos los derechos que por ley le correspondían al trabajador.
- ii. Se han producido errores de cálculo<sup>275</sup> o violaciones que atenten contra derechos irrenunciables.
- iii. No ha sido celebrada ante la Inspección de Trabajo.
- iv. No consta la remuneración con la que se practica la liquidación de haberes.
- v. Acredita la vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos o la existencia de perjuicio económico.

En el caso de España, el tratamiento jurídico que se le da al finiquito difiere en algunos aspectos con respecto al Ecuador, ya que el término es el documento que muestra las cuentas pendientes que tiene la empresa con la persona trabajadora, cuando ha finalizado la relación laboral. Así mismo, es aceptado que se utilice para reflejar el acuerdo de las partes en un ERE, un despido objetivo, una baja de jubilación o la expiración del tiempo pactado.

En este punto es importante resaltar el criterio de la doctrinaria española Burriel Rodríguez-Diosdado (2014, pp. 409-415), quien resalta que el uso del finiquito como documento transaccional tiene como objetivo principal el poner fin a una controversia laboral, por lo que no es un medio autónomo para extinguir las relaciones laborales, sino un medio de prueba de que se ha producido esa extinción.

Ahora bien, en España la doctrina mayoritaria sostenida por el TS y que está presente en las Sentencias de 22 de diciembre de 2014<sup>276</sup>, 19 de octubre de 2010<sup>277</sup> y de 9 de diciembre de 2014<sup>278</sup> establece que un finiquito debe contar con las siguientes características:

- i. Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de esta.
- ii. Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral.

---

<sup>275</sup> Este error de cálculo se produce cuando no se toma a última remuneración completa para realizarlo, no se establece de forma correcta la fecha de inicio y finalización de la relación laboral, cuando se ha dejado de pagar algún valor al que se tenía derecho, o cuando se hayan hecho descuentos injustificados.

<sup>276</sup> STS 5521/2014, Sala de lo Social, 22 de septiembre de 2014, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2915/2013. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

<sup>277</sup> STS 6172/2010, Sala de lo Social. 19 de octubre de 2010, R. de casación para la unificación de doctrina No. 270/2010, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

<sup>278</sup> STS 5665/2014, Sala de lo Social, 9 de diciembre de 2014, R. de revisión No. 22/2012, Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel.



- iii. En el momento en que suele procederse a esta declaración —coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo—, existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido a la empresa.
- iv. La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes —normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos— coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de este.
- v. La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo.

En cuanto a estos requisitos, cabe mencionar que la eficacia liberatoria del finiquito, como se mencionó anteriormente, depende de la declaración de voluntad de las partes y de la ausencia de vicios, por lo que debe estar claro que la fórmula de saldo y finiquito no tiene un contenido definitivo con efectos preestablecidos, ya que esta depende de las circunstancias y condiciones en las que se produce su redacción.

En lo que respecta al efecto extintivo, es necesario que se derive de una voluntad clara e inequívoca de la persona trabajadora de dar por concluida la relación laboral, por lo que para que se configure debe existir también una aceptación por parte de la empresa respecto a la extinción del contrato.

Ahora bien, el último requisito citado abre la posibilidad de que este documento sea impugnado en los supuestos de inconformidad en los valores o cuando no se ha contado con la presencia de un representante legal de las personas trabajadoras en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito según lo establece el art. 49.2<sup>279</sup> del ET; es decir, se somete a un control judicial del documento, en el que se revisan todos los elementos esenciales de este pacto, por lo que como resultado de este examen se pueda perder la eficacia liberatoria de dicho instrumento.

---

<sup>279</sup> El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas. El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos.

La doctrinaria española Burriel Rodríguez-Diosdado (2014, pp. 412, 413), haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Supremo, sostenía que el documento de finiquito cuenta con efecto liberatorio si manifiesta de forma inequívoca la voluntad liquidadora de las partes. Este documento pierde su valor liberatorio en varios supuestos: cuando existen vicios en la voluntad; cuando el objeto no sea cierto o se expresa una causa falsa; en caso de que sea contrario a una norma imperativa, orden público o cause perjuicios a terceros; o, por último, cuando contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos, por lo tanto la empresa debe precautelar que el documento de finiquito cuente con un efecto liberatorio para evitar un control judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, la reciente Sentencia de 21 de febrero de 2020<sup>280</sup>, dictada por el TS español, ha realizado una interpretación distinta respecto a la doctrina que se venía sosteniendo en cuanto al efecto liberatorio del finiquito en los despidos por causas objetivas, la que establecía que para su revisión era necesario que se produzca un error excusable siempre y cuando se esté ante un supuesto en el que la operación aritmética no llevara aparejada complejidades de índole jurídica.

En este sentido, se venía sosteniendo que el error era inexcusable cuando la empresa carecía de justificación para desvanecer la duda en el cálculo, por lo que se podía haber evitado si se tenía una mayor diligencia y sin que existiera ningún tipo de malicia. Por ello, en diversas sentencias dictadas por el TS español como la de 21 de julio de 2015<sup>281</sup>, 22 de julio de 2015<sup>282</sup>, 23 de julio de 2015<sup>283</sup> y 30 junio 2016<sup>284</sup>, se había fijado una máxima que decía: «(...) En suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable»<sup>285</sup>.

Sin perjuicio de ello, en la mencionada sentencia se establece que, aunque el finiquito se haya elaborado con un salario erróneo, lo cierto es que esto carece de relevancia, en la medida en que la persona trabajadora «(...) suscribió documento válido de saldo

---

<sup>280</sup> STS 863/2020, Sala de lo Social, 21 de febrero de 2020, R. de casación para la unificación de doctrina No. 3229/2017, Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

<sup>281</sup> STS 3703/2015, Sala de lo Social. 21 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2366/2014, Ponente: Jesús Souto Prieto.

<sup>282</sup> STS 2969/2015, Sala de lo Social, 22 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2393/2014, Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

<sup>283</sup> STS 3815/2015, Sala de lo Social. 23 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2219/2014, Ponente: María de Lourdes Arastey Sahun.

<sup>284</sup> STS 3942/2016, Sala de lo Social, 30 de junio de 2016, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2990/2014, Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

<sup>285</sup> Tomado de la STS 1203/2018, Sala de lo Social, 14 de marzo de 2018, R. de casación para la unificación de doctrina No. 801/2016, Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer.

y finiquito en el que dio por buena la cantidad percibida»; es decir, que, aunque la persona trabajadora haya comprobado que el finiquito contenía un error inexcusable, y pese a eso lo ha firmado, es procedente por la firma.

Este razonamiento vertido por la sentencia citada parece cambiar el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria, en la medida en que alteraría la eficacia liberatoria del finiquito por error inexcusable. Pero al ser un único pronunciamiento, aunque de unificación de doctrina, puede significar un cambio importante de criterio y probablemente la línea jurisprudencial que seguir a partir de ahora. En este sentido, deberíamos esperar a tener otros para confirmar que existe una modificación en la doctrina.

Podemos concluir que cualquier incumplimiento que se produzca en el pago de esos valores que contiene un finiquito puede dar paso a un enriquecimiento injusto por parte de la empresa, el cual puede ser impedido a través de los mecanismos legales de reclamación que la persona trabajadora puede promover. El problema se presenta en el momento en que la persona trabajadora debe incurrir en gastos de representación y demás costes procesales para poder conseguir el cumplimiento de sus derechos, ya que este factor podría ser decisivo al momento de renunciar a cualquier acción legal<sup>286</sup>.

Hemos querido utilizar la acepción de *injusto* en este apartado porque nos estamos refiriendo a una transgresión al principio general del derecho, unido a que, si bien el finiquito y la posterior reclamación se realizan una vez que el contrato de trabajo se ha terminado, no implica que estas obligaciones sean derivadas del contrato, de manera que no se puede hablar de una falta de causa en este supuesto.

Una vez que hemos podido analizar la relación que existe entre fraude, simulación e incumplimiento de obligaciones con el enriquecimiento injusto, podemos afirmar que, en Ecuador, el art. 326 de la CRE prohíbe que se realicen un sinnúmero de conductas cuya finalidad última consiste en la afectación de los derechos de cualquiera de las partes participantes de la relación laboral, no solo con respecto al patrimonio sino hasta sus derechos humanos de salud y seguridad. En este sentido, podemos fijar una postura contundente: en la mayoría de los casos analizados, encontramos una

---

<sup>286</sup> La justicia en España, de acuerdo con el art. 119 de la CE es para aquellos casos en que disponga la ley. En el caso puntual de la jurisdicción española, el art. 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas trabajadoras y demás beneficiarios de la Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.

tendencia a que los derechos patrimoniales más afectados sean los de las personas trabajadoras; no obstante, existen otros supuestos en los que también pueden ser perjudicados los derechos de la empresa.

Debemos señalar que el ámbito de aplicación del enriquecimiento injusto en la relación laboral es muy amplio, tanto en un país como en el otro, y lo podemos encontrar como fundamento de muchas otras instituciones que forman parte exclusiva de esta rama del derecho. Por ello hemos estado en aptitud de establecer que su incidencia puede verse reflejada dentro del contrato con el uso de la acepción *injusto*, como fuera, con el uso de la acepción *sin causa*.

Podemos afirmar que el enriquecimiento sin causa se puede reflejar a través de otras conductas prohibidas como el fraude, la cual sirve de medio para conseguir este detrimento patrimonial. De la misma manera, encontramos la simulación, en el hecho de que a través de un acto jurídico aparente se pretende crear una realidad aparente que sustituya a la verdadera, lo que, a la larga, impide el reconocimiento de derechos propios de la legislación laboral y que luego se reflejan en un detrimento patrimonial.

Por último, encontramos que el incumplimiento de obligaciones legales también puede generar un enriquecimiento injusto a la persona trabajadora o a la empresa, en función del supuesto en el que nos encontremos. En este caso nos encontramos enmarcados en una esfera contractual, en la que, sin perjuicio de que el contrato de trabajo sea válido, la inobservancia de las disposiciones legales puede generar un detrimento patrimonial en beneficio de una de las partes y en perjuicio de la otra.

#### **4.3. El enriquecimiento injusto en materia laboral como delito en Ecuador: estructura y figuras afines.**

A lo largo de este punto nos centraremos en estudiar la relación que existe entre el enriquecimiento injusto y el resto de las figuras contenidas en el art. 327 de la CRE. No obstante, todavía nos resta abordar el último epígrafe de esta disposición, que señala que el fraude, la simulación, el incumplimiento de obligaciones y el enriquecimiento injusto: «(...) se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley».

Únicamente circunscribiremos el estudio en la legislación ecuatoriana, ya que hemos podido encontrar, salvo error u omisión de nuestra parte, dos delitos contenidos en el COIP que le podrían ser aplicables. Aunque la dogmática penal no es el objeto central de este trabajo de investigación, lo cierto es que hemos decidido abordarlo, de manera

sucinta, porque consideramos que le aporta elementos importantes a la investigación, debido a la estrecha vinculación que tiene con el tema en estudio.

Sin perjuicio de que centremos el análisis en la legislación ecuatoriana, lo cierto es que haremos algunas referencias puntuales a la legislación española, que nos permitan proporcionar mayores elementos. Esto, unido a que, luego de una revisión del catálogo de delitos contenidos en el CP español, no hemos encontrado, salvo error u omisión de nuestra parte, un tipo penal similar al ecuatoriano con el que pudiéramos hacer algún tipo de comparación.

El art. 327 de la CRE utiliza los términos ‘penalizar’ y ‘sancionar’, lo que comporta: por un lado, el establecimiento en sede constitucional de una norma que proscribe la posibilidad de realizar tales comportamientos; y, por otro, que el Estado debe reaccionar ante la infracción de esa norma con una sanción o con una pena. Esto es, mediante la imposición de una consecuencia jurídica propia del Derecho administrativo sancionador o propia del Derecho penal.

Ello refleja, en nuestra opinión, que la voluntad del constituyente ecuatoriano era la de llevar a la esfera del *ius puniendi* estatal y, particularmente, a la del derecho penal con la imposición de una pena a las personas que, en el marco de una relación laboral, cometieran estas conductas.

Ahora bien, en este apartado analizaremos si estas conductas podían ser sancionadas por el Derecho penal, tomando en consideración que su intervención se rige por el principio de *ultima ratio*; es decir, que se recurre a él cuando el conflicto social que provoca el actuar contrario a la norma no puede ser resuelto de ninguna otra manera, en atención a la grave lesividad que supone el comportamiento para el bien jurídico tutelado.

En este punto debemos hacer referencia a que la CRE se promulgó en el 2008, cuando todavía estaba vigente el Código Penal de 22 de enero de 1971<sup>287</sup>, en el que únicamente se encontraban tipificados como delitos laborales los previstos en los arts. 209, 210 y 211, cuyo bien jurídico protegido era la libertad del trabajo.

A grandes rasgos, describiríamos que el art. 209 sancionaba la obligación de trabajar de forma gratuita y sin razón; mientras que el art. 210 sancionaba la obligatoriedad a

---

<sup>287</sup> El Código Penal fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 174 de 22 de enero de 1971 y tuvo vigencia hasta el 9 de agosto de 2014, ya que el 10 del mismo mes y año se promulgó el COIP.

participar o abstenerse de participar en una huelga; y, el art. 211 sancionaba la imposición de afiliarse o desafiarse de una organización sindical.

Ahora bien, posterior a la entrada en vigor de la CRE, específicamente, el 7 de mayo de 2011 se llevó a cabo una consulta popular, en la que se sometió a la decisión popular la necesidad de tipificar ciertas conductas. Entre ellas se encontraban el enriquecimiento privado no justificado y la falta de afiliación a la Seguridad Social. No fue hasta el 2014 cuando se promulgó el COIP, en el que se incorporaron estos tipos penales y algunos otros relacionados con el derecho laboral.

En el COIP se establecieron como delitos de naturaleza laboral los siguientes:

- i. En el art. 241 se tipificó el impedimento o limitación del derecho a huelga sancionando con una pena privativa de libertad de dos a seis meses a quien impidiera o limitara el ejercicio del derecho a ser parte de una huelga.
- ii. En el art. 242 se tipificó la retención ilegal de aportaciones a la Seguridad Social con una pena privativa de la libertad de uno a tres años, a quien retuviera los aportes patronales o personales y no los depositara en el IESS. Esto por la calidad de agente de retención que tiene la empresa de los aportes de la persona trabajadora y obligado directo de los suyos.
- iii. En el art. 243 se sancionó la falta de afiliación o inscripción al IESS por parte de una persona jurídica con la imposición de una multa de tres a cinco salarios básicos unificados, por cada persona trabajadora no afiliada.
- iv. En el art. 244 se sancionó la falta de afiliación al IESS si no se realizaba dentro de los treinta días posteriores a su ingreso, con una pena privativa de libertad de tres a siete días.

Ahora bien, además de los delitos mencionados anteriormente, existen dos tipos penales que, en un primer momento, parecerían tener relación con el enriquecimiento injusto o sin causa, debido a los términos lingüísticos que emplean, como son el enriquecimiento ilícito y el enriquecimiento privado no justificado, como indicamos a continuación.

El enriquecimiento ilícito es un delito que se encuentra ubicado en la Sección Tercera del COIP, en el que se han previsto los delitos contra la eficiencia de la administración pública, por lo que, si nos remitimos al art. 279, podremos evidenciar que se trata de un ilícito que exige al sujeto activo la calidad de servidor público y su actuación investido de una potestad estatal. Esto lo excluye de la materia en estudio, ya que se

encuentra fuera del ámbito de la relación laboral que abordamos en el presente trabajo. Por ello, hemos decidido que no es necesario ahondar en este tipo penal, y únicamente centrarnos en el enriquecimiento privado no justificado.

#### **4.3.1. Enriquecimiento privado no justificado en el Código Orgánico Integral Penal**

En la segunda parte de este trabajo, cuando analizábamos los alcances de la definición del derecho al trabajo en la CRE de 2008, nos referimos a que el trabajo y la producción, entre otros<sup>288</sup>, formaban parte del *régimen de desarrollo*. Este elemento juega un papel fundamental para la relación con el tipo penal en estudio, dado que el enriquecimiento privado no justificado se encuentra ubicado en el capítulo quinto del COIP, que regula los delitos contra la responsabilidad ciudadana, específicamente en la sección quinta destinada a los delitos contra el *régimen del desarrollo*. Es decir, existiría una coincidencia en la manera como el constituyente y el legislador han ubicado a ambas normas bajo la misma categoría del régimen de desarrollo. Ahora nos centraremos en analizar el tipo penal del enriquecimiento privado no justificado para establecer si el enriquecimiento injusto en materia laboral podría ser punible tomando como base este tipo penal.

El art. 297 del COIP establece literalmente:

«(...) Art. 297. Enriquecimiento privado no justificado. La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años».

A partir de su lectura se puede observar que, desde la perspectiva de cuál es el comportamiento típico que puede dar lugar a la obtención de un incremento patrimonial -como resultado típico-, es un tipo penal muy amplio, por no decir indeterminado, en el que podrían subsumirse un sinnúmero de conductas en cualquiera de las materias, no sólo dentro del ámbito laboral. Esto nos obliga a realizar un análisis respecto a su construcción, con el objeto de determinar si su introducción y redacción se hicieron de manera correcta o, por el contrario, violenta alguno de los principios del derecho penal.

---

<sup>288</sup> La CRE contempla dentro del Régimen de desarrollo no sólo al trabajo y a la producción sino a los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, sistema económico y política económica y soberanía alimentaria.

#### 4.3.1.1. Principio a la legalidad penal

Antes de explicar la definición y las características propias del principio de legalidad penal, debemos hacer mención de que este no es exclusivo de la norma penal, sino que es un principio que se puede aplicar a cualquier tipo de derecho sancionador, en el que confluyen una serie de garantías, y que se funda en las garantías de libertad y seguridad personal, de manera que se convierte en una exigencia jurídica fundamental en cualquier ordenamiento jurídico que actúe en observancia y respeto de los derechos humanos.

La Corte IDH, a través de diversas sentencias<sup>289</sup>, ha abordado tres asuntos que son fundamentales al hablar de la importancia de este principio: primero, en la función que tiene dentro de la persecución penal; segundo, respecto a los límites que le impone a la potestad punitiva del Estado; y, tercero, la relación con el principio de seguridad jurídica.

En primer lugar, la Corte ha explicado que este principio es uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, de manera que es indispensable que todas las normas penales lo cumplan de forma irrestricta a fin de garantizar su posterior aplicación.

En segundo lugar ha señalado que en un Estado de derecho los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, particularmente cuando se da el ejercicio del poder punitivo, a través de la represión, en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos, lo que implica que el Estado no solo está obligado a observarlo, sino que tiene el deber jurídico de cumplirlo.

En tercer lugar, ha destacado que, para garantizar la seguridad jurídica, es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurra la acción u omisión que la contraviene y que se pretende sancionar.

Todos estos elementos resultan importantes a la hora de entrar a definir el principio de legalidad penal, ya que dotan de sentido a lo que se conoce como *nulla poena nullum crimen sine lege*, que es el apotegma que se ha venido utilizando desde el derecho romano para describirlo.

---

<sup>289</sup> Entre otras, Sentencias J vs Perú<sup>289</sup> del 27 de noviembre de 2013 y Baena Ricardo y otros vs. Panamá de 18 de febrero de 2001.



Desde el punto de vista doctrinario, para Köhler (1997, p. 90) el principio de legalidad significa la utilización precisa y cierta de la norma penal al caso dado, que descarta de cualquier tipo de interpretación basada en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía de otras leyes. Es decir, que estamos frente a la necesidad de que las normas penales sean precisas y previas para que el Estado pueda emplear su potestad punitiva, sin que esto implique que el individuo quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del mismo. Por su parte, el principio de legalidad es también conocido como el principio de intervención punitiva y legalizada del Estado. En este sentido, Muñoz Conde (1975, pp. 79-80) sostiene que este principio está regido por el imperio de la ley, entendida como la expresión de la voluntad general, que se traduce en la configuración del delito tanto al determinar, aplicar y ejecutar las acciones del individuo y sus consecuencias.

En cuanto al fundamento jurídico del principio de legalidad, parte de la doctrina (entre ellos, Villavicencio Terreros, 2006, p. 135) es clara en manifestar que este tiene como objeto crear seguridad jurídica, ya que se opone a la incertidumbre, al azar y arbitrariedad de una situación jurídica que viene representada por la comisión de un delito, en la que además constituye una garantía para el individuo, porque le permite conocer los marcos de criminalidad.

En suma, el principio de legalidad cumple una doble función: la primera, consiste en permitirle a las personas conocer, de forma precisa, cuáles son los comportamientos que en caso de realizar darían lugar a que se le imponga una pena; la segunda, limita el *ius puniendi*, en tanto el Estado no puede imponer legítimamente pena alguna si no es por el comportamiento explícitamente previsto en la disposición penal, con anterioridad a su realización.

Ahora bien, este principio no es ajeno a la legislación ecuatoriana, ya que el art. 76 numeral 3<sup>290</sup> de la CRE prevé que nadie podrá ser sancionado por un acto u omisión que no esté tipificado en la ley de forma previa, lo que implica que el Estado no está exento de cumplir con este requisito en la construcción, y en la posterior aplicación, de sus normas penales.

---

<sup>290</sup> Por su relevancia, lo transcribimos textualmente: “Art. 76.3. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

En el caso del tipo penal en análisis –enriquecimiento privado no justificado–, podemos afirmar que difícilmente satisface este principio. Ello, debido a que la técnica legislativa empleada en su redacción obedeció a la determinación del resultado típico: obtención de un incremento patrimonial no justificado. Sin embargo, el legislador fue omiso en establecer cuál es el comportamiento que, típicamente, puede dar lugar a su obtención, siendo que un sinfín de comportamientos, no sólo en materia laboral, pueden dar lugar a un incremento patrimonial no justificado. Por consiguiente, el tipo penal en cuestión no comunica con claridad el comportamiento que se pretende sancionar, lo que nos lleva a la necesidad de seguir ahondando en este principio a fin de esclarecer esta interrogante.

En este punto debemos comenzar por el estudio de las exigencias derivadas del principio de legalidad, que a la vez constituyen sus garantías, y que fueron enumeradas y explicadas por Gómez Rivero, Martínez González y Núñez Castaño (2010, pp. 88-120) de la siguiente manera:

- i. *Llex scripta*: Implica que los delitos y sus correspondientes penas deben estar fundados en una norma con rango de ley en sentido estricto.
- ii. *Lex praevia*: Conlleva un mandato de irretroactividad de las leyes penales, de manera que queda prohibida la aplicación de leyes penales desfavorables a situaciones de hecho anteriores a su existencia. Esto no aplica cuando las leyes fueran favorables al reo.
- iii. *Lex certa*: Mandato de determinación o taxatividad que obliga a que, tanto el delito como las consecuencias jurídicas estén formulados con la mayor concreción posible
- iv. *Lex stricta*: Consiste en una prohibición de analogía por parte de los jueces y tribunales, en el que se exige un mínimo grado de precisión de la ley, de tal forma que quede suprimida cualquier posibilidad de aplicarla de manera extensiva a supuestos que no estén contemplados en ella, aunque sean similares.

En este sentido, Mir Puig (et al., 2012, pp.19-65) opina que la mayor cantidad de tensiones que se producen en el ámbito del principio de legalidad son entre la garantía de taxatividad y la garantía de tipicidad

#### 4.3.1.1.1. Garantía de taxatividad

La garantía de taxatividad o *lex certa* consiste en la exigencia de que la ley sancionadora describa, con suficiente precisión, las conductas que están prohibidas y las sanciones que se impondrán a quien las cometa; es decir, se confiere un mandato al legislador para que construya las leyes a fin de garantizar la seguridad jurídica, lo que se traduce en que el ciudadano esté en aptitud de conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever las consecuencias de sus acciones.

Es posible afirmar que este aspecto del principio de legalidad es total para el Derecho penal, pues en un Estado social y democrático de Derecho sólo es legítimo imponer una pena a aquella persona que puede motivar su comportamiento conforme a la norma penal -principio de culpabilidad-; y, una persona sólo puede ajustar su conducta a la norma si ésta establece de forma precisa cuál es aquella que pretende prohibir.

De ahí que esta garantía también se conozca con el nombre de garantía de precisión, de determinación o de exhaustividad (siguiendo a Cadoppi y Veneziani, 2002, p. 73), de manera que necesita una claridad en el lenguaje, debido a que, a través de su buen uso, se eliminaría cualquier tipo de imprecisión. Deben evitarse pues conceptos elásticos que lleven a una indeterminación de la conducta susceptible de sanción, lo que implica que una persona a través de la simple lectura del tipo penal esté en aptitud de conocer que esa conducta es delictiva.

Por ello, el mandato conferido al legislador impone la obligación de emplear una técnica de elaboración de la norma que sea precisa y unívoca, en la que el ciudadano esté en capacidad de conocer con seguridad lo que es ilícito y lo que no es ilícito, lo que se traduce en una descripción precisa del tipo penal, de manera que se convierten en inadmisibles aquellos tipos penales que no permitan al ciudadano conocer lo que está prohibido y lo que está permitido.

Una norma penal tiene como finalidad que los ciudadanos la obedezcan (como nos recuerdan, Fiandaca y Musco, 1995, p. 66), pero esta no puede ser obedecida si la persona destinataria no tiene la posibilidad de conocer con claridad el contenido de esta. Esto implica que las normas deben prever supuestos generales, pero no supone que se las construya con excesiva vaguedad.

Por ello, Roxin (1997, p. 169) resalta la importancia de la garantía de taxatividad de la norma penal, en tanto que, si el individuo de forma preventiva no puede reconocer lo

que se le quiere prohibir, tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

Una vez que tenemos clara esta vertiente del principio de legalidad, la dificultad de este análisis radica en cómo conocer cuando una norma penal es imprecisa, ya que se parte del hecho de que todas las normas, por su abstracción, tienen cierto grado de indeterminación, sin embargo, podemos concluir que si una norma no le permite a las personas saber cuál es el comportamiento que no debe realizar, entonces nos encontramos ante una norma imprecisa, que transgrede el principio de taxatividad.

#### **4.3.1.1.2. Garantía de tipicidad**

La garantía de tipicidad o *lex stricta* consiste en que la aplicación de la norma penal, que fue previamente realizada en observancia a la garantía de taxatividad, no desborde en el límite establecido en el tenor literal de la misma, de manera que la imposición del mandato no es al legislador, sino al órgano judicial, que es quien revisará la aplicación de la norma penal a un supuesto concreto, el cual consiste en que el hecho punible se debe someter a las palabras utilizadas en la ley.

En este sentido, la dificultad que ocasiona la vaguedad en la norma, además de la desobediencia por parte del ciudadano, consiste en la aplicación que realizará el órgano judicial, ya que es quien debe decidir si debe absolver o condenar a una persona partiendo de ese tipo penal, lo que puede generar una arbitrariedad de su parte. La necesidad de una concreción en la norma penal no implica disminuir la capacidad de un órgano judicial a un simple verificador de la adaptación de la conducta al supuesto planteado, sino que se trata de impedir que sea arbitrario en sus decisiones.

En aras de preservar la seguridad jurídica (siguiendo a Mir Puig et al., 2012, pp. 45,46), el órgano judicial debe aplicar un grado de razonabilidad y estabilidad en sus decisiones que estarán fundados en tres criterios de control constitucional para la aplicación de las leyes penales, que están basados en la previsibilidad — específicamente nos referimos a la previsibilidad semántica—, la previsibilidad metodológica y la previsibilidad axiológica.

La previsibilidad semántica es el punto de partida del análisis de la garantía de la tipicidad, pues conlleva el respeto al tenor literal de las palabras, de manera que el órgano judicial posea una escasa capacidad revisora del tipo penal. Esto no implica

que la decisión adoptada por este sea siempre de carácter sancionador, debido a que existen tipos penales en los que el lenguaje utilizado es vago y versátil, por lo que se convierten en normas abstractas de difícil aplicación.

Ahora bien, en este criterio se hace especial énfasis en que debe estar prohibida la interpretación analógica y la interpretación extensiva de la norma penal, ya que el órgano judicial estaría ante un escenario en el que tendría que elegir entre las posibles interpretaciones que obtuvo de la interpretación literal; pero se debe tomar en consideración que este no está legitimado para determinar cuál es la mejor interpretación de la norma, ya que, si tuviera que hacerlo, estaría introduciendo criterios político-criminales y no constitucionales para fundar tal decisión, lo cual es contrario a su finalidad.

La previsibilidad axiológica consiste en que la interpretación de la norma que realiza el órgano judicial puede incorporar otros valores constitucionales bajo la esfera de protección del derecho de legalidad y con base en el principio de proporcionalidad, con el objeto de evitar que se produzca un derroche inútil de coacción.

Así, Bacigalupo (2002, p. 273) considera que casi no existen dudas respecto a su compatibilidad con el principio de legalidad, porque la decisión judicial sobre el alcance de un tipo penal puede ser desproporcionada en sus consecuencias punitivas o en sus efectos para el ejercicio de otros derechos fundamentales, sin que por ello resulte imprevisible rebasar el sentido literal de su aplicación. Por su parte Mir Puig *et al.* (2012, p.57,58) considera que, si es compleja la articulación del principio de proporcionalidad en la garantía de taxatividad, menos aún en la de tipicidad, ya que está sometido a una decisión de política criminal previa del legislador, que se traduce justamente a la determinación de los marcos mínimos de la pena en ese tipo penal. Por ello, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado, ya que de producirse una imposición de la pena máxima sin que estuviera motivada en una conducta punible con una sanción menor, estaríamos enmarcados en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y no al principio de legalidad.

Por último, la previsibilidad metodológica consiste en que la decisión judicial respete las reglas de la lógica y tienda a conseguir la estabilidad de las decisiones judiciales, en la que se preferirá aplicar la línea jurisprudencial mayoritaria, sin que esto signifique que en una sentencia no se pueda apartar de la decisión mayoritaria, sino que la carga argumentativa para sostener su decisión sea mayor.

Estas dos garantías nos sirven de base para analizar si el tipo penal del enriquecimiento privado no justificado, tal y como está construido en el COIP, observa el principio de legalidad y las garantías de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*. No obstante, antes de analizar este supuesto, resulta importante recordar cuál es la estructura que debe llevar un tipo penal y así tener claros los criterios en los que vamos a dividir el análisis de este delito.

#### **4.3.1.1.3. Estructura del tipo penal**

El principio de legalidad se plasma en el tipo penal, ya que en este se formulan expresiones lingüísticas que intentan describir una conducta prohibida. En otras palabras, se puede decir que recoge un supuesto de hecho abstracto que la ley prevé y describe como ilícito. La clave para construir un tipo penal de forma correcta está en utilizar un lenguaje claro, en el que las notas de abstracción y generalidad no obliguen al uso de criterios valorativos para su aplicación, de manera que se deben evitar los conceptos indeterminados que impidan delimitar con claridad la conducta que está prohibida.

Si bien existe un abanico de delitos que tienen características propias, lo cierto es que todos presentan en su composición elementos comunes, como son los sujetos, la conducta típica y los objetos, como señala la doctrina (por todos, Muñoz Conde, 2010, pp.46-50).

Vamos a hacer una breve referencia doctrinaria a cada uno de los elementos básicos del tipo penal, para luego analizar la estructura del tipo penal en estudio.

##### **4.3.1.1.3.1. Los sujetos**

Para el derecho penal, los sujetos son las personas en las que recae directamente la acción delictiva. Nos referimos al sujeto activo y al sujeto pasivo.

El sujeto activo es aquel que realiza la conducta de forma activa u omisiva, o también conocido como autor de la acción prohibida. Ahora bien, existen algunos tipos penales en los que la descripción del sujeto activo define el tipo de delito y permite determinar la diferencia que existe con otros. Por ejemplo, si se trata de un delito común o especial o si es monosubjetivo o plurisubjetivo.

Para determinar si un delito es común o especial debemos analizar, tal como refiere Márquez Cárdenas y González Payares (2008, pp. 29-50), si el sujeto activo es indeterminado o determinado, ya que en el primer caso la ley no exige una característica específica de este, es decir, se refiere a él utilizando expresiones impersonales como 'el que' o 'quien'; mientras que en el segundo caso la ley le requiere una característica específica para poder realizar la conducta, como en el caso de los delitos cometidos por servidores públicos.

Si analizamos el tipo penal ecuatoriano del enriquecimiento privado no justificado, podemos determinar que el sujeto activo es indeterminado, ya que en la redacción utilizada se habla en general de 'la persona', es decir, estamos ante un delito común y no especial.

Ahora bien, con carácter general, en el caso del sujeto activo también podemos encontrar otra característica respecto a la concurrencia de uno o varios autores en la comisión del delito, por lo que estamos frente a tipos penales monosubjetivos o plurisubjetivos. La mayoría de los tipos penales son monosubjetivos, ya que la categoría de los plurisubjetivos está prevista según Muñoz Conde (2010, p. 46) para tipos penales de convergencia, como en el caso de la asociación ilícita o rebelión, o en los delitos de encuentro como en el cohecho.

En el tipo penal en estudio, resulta claro que se trata de un delito monosubjetivo, debido a que requiere solamente de un autor para su configuración. No obstante, su redacción continúa con la siguiente expresión: «(...) para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona». Esto es, el beneficio puede obtenerse por el autor del delito de forma directa o mediante la instrumentalización de otra persona. Circunstancia que incide de forma directa en las formas de intervención delictivas.

A nuestro modo de ver, la técnica legislativa empleada al insertar esta frase generó un problema, porque, si bien no estamos frente a un delito plurisubjetivo, permitió que, en la ejecución del mismo, pudieran intervenir varias personas. Esto obliga a determinar en qué consiste la intervención en el hecho de esta interpósita persona.

De forma preliminar, consideramos necesario repasar las categorías de autor directo y autor mediato como formas de intervención delictiva. Para la teoría del dominio del hecho, nos dice Jescheck (tomado de Mir Puig, 2016, p. 898), el autor directo es quien ejecuta por su propia mano los elementos del tipo. Mientras que el autor mediato es quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento. Por su parte, el coautor es

el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global, mientras que el inductor es quien induce directamente a otro la resolución de cometer el hecho delictivo.

En líneas generales, la doctrina mayoritaria (Mir Puig, 2016, pp. 385-389) sostiene que se deben considerar autores del delito a quienes gozan del dominio del hecho delictivo, de manera que se les pueda atribuir la pertenencia exclusiva o compartida del mismo.

Así, por autor directo debemos entender que se trata de la persona que, a través de su conducta, realiza el hecho descrito en el tipo. Por consiguiente, es quien tiene el dominio del hecho a través de su comportamiento, pues en caso de que suspenda la realización de su conducta, también suspendería la ejecución del hecho típico.

Por cuanto hace al autor mediato, conocido como 'persona de atrás', debemos comprender que se trata de aquella persona que realiza el hecho delictivo instrumentalizando a otra persona, conocida como 'persona de adelante'. Así, si bien la 'persona de adelante' es quien materialmente realiza el hecho, lo cierto es que normativamente se le atribuye a la 'persona de atrás' a título de autor. Ello, debido al carácter instrumental de la 'persona de adelante', resultado de que en el momento de la realización del hecho delictivo concurrió en ella:

- (i) un déficit cognitivo (por no comprender el significado de su comportamiento); o
- (ii) un déficit volitivo (por no querer realizar su comportamiento).

Siendo que la persona de atrás es quien se aprovecha o provoca ese déficit para la realización del delito y, por consiguiente, es quien normativamente domina el hecho.

Con base en lo anterior podríamos afirmar que el tipo penal en cuestión, al usar la expresión 'por interpuesta persona', en apariencia prevé un caso de autoría mediata. Así, la interpósita persona no sería más que un instrumento de quien realmente domina el hecho. Sin embargo, tal afirmación resulta insatisfactoria por comportar un solapamiento con la figura del autor mediato prevista en el art. 42.2 del COIP que, a su vez, prevé la posibilidad de que una persona instrumentalice a otra en la realización de un delito. Por consiguiente, bajo ese orden de ideas, la expresión 'por interpuesta persona' se trataría de una redundancia legislativa, que se tornaría en innecesaria por la disposición que regula la autoría mediata.



Sin embargo, es posible encontrar una explicación diversa al uso de la referida expresión: se encuentra referida a personas jurídicas. Como punto de partida, el tipo penal en comento no distingue entre personas naturales y personas jurídicas, sino únicamente hace alusión a la palabra 'persona'. De ahí que válidamente podamos afirmar que la misma engloba a las personas jurídicas. Esto es, que las personas jurídicas sean instrumentalizadas por el autor del delito para obtener un incremento patrimonial.

Con base a lo anterior, se podría presumir que la intención del legislador ecuatoriano al utilizar las frases 'por interpuesta persona', fue la de considerar que este delito se podía cometer a través del uso de estructuras societarias que permitieran ocultar al autor directo del hecho; y con ello, un cláusula de levantamiento del velo corporativo.

De lo contrario, si la persona jurídica no sirviera como instrumento para ocultar al autor del hecho, sino que es quien verdaderamente obtiene el incremento patrimonial, deberá responder penalmente. En este sentido, los arts. 49 y 50 del COIP establecen que para que una persona jurídica pueda ser declarada responsable de un delito, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- i. Las personas jurídicas deben ser nacionales o extranjeras de derecho privado. Quedan excluidas aquellas que no tengan personalidad jurídica, así como todas las personas jurídicas de derecho público.
- ii. El delito tuvo que ser cometido en beneficio de la empresa o de sus socios. Además, debe ser cometido por quienes ejercen su propiedad o control<sup>291</sup>; por quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión; y, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de los propietarios o socios.
- iii. La responsabilidad penal de la persona jurídica desaparece si el delito se comete por cualquier persona natural que tenga relación con la empresa, pero el beneficio es a un tercero ajeno a esta.

En el Ecuador, estas normas señalan que la responsabilidad penal contra la persona jurídica procede siempre que forme parte dentro del catálogo de delitos<sup>292</sup> que

---

<sup>291</sup> También pueden cometerlo, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales

<sup>292</sup> En el catálogo de delitos podemos encontrar a delitos de lesa humanidad (art. 89 y 90); trata de personas (art. 91 y 94); delitos de diversas formas de explotación (art. 95 a 109); ocupación ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201); insolvencia fraudulenta (art. 205); tráfico ilícito de migrantes (art. 213); producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados (art. 217);

contiene las conductas imputables a las personas jurídicas. En este catálogo de delitos sí se prevé al enriquecimiento privado no justificado como un tipo penal atribuible a una persona jurídica.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos oportuno referirnos en forma muy resumida, a la forma en la que se introdujo en el CP español a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que el Ecuador lo tomó como base en la construcción del COIP. La responsabilidad penal de la persona jurídica, en España, se introdujo por primera vez con la reforma al CP de la Ley 5/2010 de 22 de junio, en la que se previó la responsabilidad penal directa, independiente y cumulativa de las personas jurídicas, lo que implicó que el proceso penal pudiera llevarse contra la persona jurídica, con independencia de que el mismo se siguiera en contra de la persona natural que hubiese realizado el comportamiento.

Posteriormente, se produjeron varias reformas con la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal<sup>293</sup>, la Ley 7/2012 de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social<sup>294</sup> y, finalmente la Ley 1/2015 de 30 de marzo, cuya característica principal consistió en la previsión de medidas prevención y control delictivas al interior de las empresas como eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>295</sup>.

La incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica según Gómez Martín y Navarro Massip (2016, p. 23-44) «(...) no significa que las personas jurídicas puedan cometer delitos, o que el sentido en que la ley emplea el término *pena* para las personas jurídicas coincida con el sentido de que la pena tiene como consecuencia jurídica del comportamiento de una persona física».

---

desatención del servicio de salud (art. 218); engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos (art. 235); destrucción de bienes de patrimonio cultural (art. 237); retención ilegal de aportación a la seguridad social (art. 242); falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica (art. 243); delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama (art. 245 a 267); enriquecimiento privado no justificado (art. 297); delitos económicos (art. 307 a 325); lavado de activos (art. 317); financiación del terrorismo (art. 367).

<sup>293</sup> Esta ley llenó algunos vacíos legales sobre las formas en las que debían intervenir al proceso penal las personas jurídicas.

<sup>294</sup> La mencionada reforma incluyó como personas jurídicas sujetos de responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos.

<sup>295</sup> La reforma de 2015 modificó varios aspectos respecto a la limitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos cometidos por sus dependientes cuando existe una infracción del deber de supervisión. De la misma manera impuso la obligación de implementar un programa de prevención cuyo objeto es la disminución del riesgo en la comisión de delitos. Así mismo, se previó la necesidad de cumplir con un órgano de supervisión y control; y, finalmente extendió la responsabilidad penal a aquellas sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico.

La disposición que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en el art. 31 bis del CP español. De su literalidad se advierte que la jurídica no es quien realiza el delito, sino que habrá de responder penalmente por los delitos que sean cometidos por algunas de las personas integrantes de su organización. Al respecto, establece dos vías de imputación como se precisará más adelante. Un detalle importante consiste en que ningún apartado del CP español contiene la definición de persona jurídica, por lo que se debe aplicar el concepto extrapenal de persona jurídica, en el que se exige la existencia de personalidad jurídica para reconocerla como tal.

Ahora bien, una de las características fundamentales consiste en que la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que está circunscrita a un catálogo cerrado de delitos<sup>296</sup>, de manera que únicamente en estos se prevé y se sanciona su participación; es decir, queda excluida cualquier tipo de responsabilidad por una conducta que no se encuentre descrita en estos tipos penales, lo que haría inviable sin una modificación sustancial aplicar el tipo penal ecuatoriano del enriquecimiento injusto.

Otra de las principales características es que la responsabilidad penal de la persona jurídica no sustituye a la de la persona física, sino que se acumula. Esto, debido a que según el criterio de Silva Sánchez (2010, p.1791), las dos vías de imputación de responsabilidad penal previstas en la Ley 5/2010 contienen un presupuesto necesario para que nazca la responsabilidad penal, que consiste en que el delito se haya cometido por una persona física vinculada a la persona jurídica y en provecho de la sociedad.

Las vías de imputación a las personas jurídicas se encuentran contempladas en el art. 31 bis 1 a) y 31 bis 1 b). El primero prevé la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por personas que tienen un poder de

---

<sup>296</sup> El catálogo comprende los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197), estafas y fraudes (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 138 bis), delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343), delitos de riesgo provocado por explosión (art. 348), delitos contra la salud pública (art. 366 y 369 bis), falsedad de medios de pago (art. 399 bis) cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), delitos de incitación al odio y a la discriminación (art. 510 bis), organizaciones o grupos criminales (art.570 quater), financiación del terrorismo (art. 576 bis y contrabando (art. 2.6 LO 12/95)

representación, de decisión o de vigilancia y control. El segundo, prevé la responsabilidad de la empresa por los delitos cometidos por personas naturales sometidas a la autoridad de las personas físicas referidas en primer lugar; siempre y cuando el delito hubiese sido posible por que éstas incumplieron de forma grave sus deberes de vigilancia y control sobre aquellas. En ambos caso, el delito siempre deberá realizarse para beneficiar a la empresa, sea de forma directa o indirecta, y sin la necesidad de que el beneficio sea de naturaleza económica.

En el primer caso, los requisitos que se exigen para su cumplimiento son:

- i) Que la persona física que comete el delito debe actuar en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, de manera que se excluye la responsabilidad de la sociedad cuando el representante legal o quien actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica no cometa el delito en tal condición, esto es, actuando al margen de su representación, aunque se genere un beneficio económico para la empresa.
- ii) Que exista un provecho económico para la sociedad, que puede ser un beneficio o un ahorro.

Por esto, si no existe el beneficio o si el representante actúa en beneficio propio sin que se beneficia a la jurídica o, incluso, se le perjudique, esta última quedará exenta de cualquier responsabilidad.

En el segundo caso, la responsabilidad de la empresa por delitos cometidos por empleados sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, debe haberse cometido por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. La distinción con el primer caso, radica en que el cometimiento del delito debe ser por parte de un sujeto que opere en el ámbito de dirección de los representantes legales o administradores; por tanto, no es necesario que formalmente se encuentre vinculado a la empresa a través de un contrato mercantil o laboral, sino que basta con que materialmente exista una relación de supra-subordinación con las personas que representan, dirigen, controlan o supervisan a la organización empresarial.

Lo expuesto nos permite determinar que la regulación de la responsabilidad penal para las personas en Ecuador y España es similar. Por lo que, bajo el supuesto típico del art. 297 COIP, cuando el incremento patrimonial injustificado lo obtenga la persona

jurídica y sea en su beneficio, ésta deberá responder penalmente; siempre que la persona natural autora del delito sea alguna de las previstas en los arts. 49 y 50 del COIP.

En cambio, cuando se haya instrumentalizado a la persona jurídica para ocultar a la persona que verdaderamente obtuvo en su beneficio el incremento patrimonial injustificado, se deberá aplicar la expresión *por interpuesta persona* para levantar el velo corporativo y determinar que fue el autor directo quien realmente obtuvo ese incremento patrimonial en su beneficio, no la jurídica.

Finalmente, por lo que respecta al sujeto pasivo, Antollicei (1960, p. 35), entre otros, lo define como el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. No obstante, Sainz Cantero (1979, p. 486) sostiene que existen diversos delitos, como en el caso de los delitos contra las personas, en los que el sujeto pasivo sí coincide con el sujeto sobre el que recae la acción, como en el caso del homicidio o de la violación. Existen otros delitos en los que no necesariamente el sujeto pasivo y el perjudicado coinciden, como en el caso de la estafa, en el cual el engaño puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial.

En el caso del tipo penal en estudio, el sujeto pasivo, quien es el titular del interés que se pretende proteger sería el Estado a través de la Seguridad Social y la persona trabajadora. Este punto también será desarrollado cuando analicemos el objeto material del tipo penal.

#### **4.3.1.1.3.2. La conducta**

La conducta es entendida como el comportamiento humano, externo y voluntario, que puede ser activo u omisivo. Para Muñoz Conde y García Arán (2004, p.205) es considerado como el elemento sobre el cual se construyen las demás categorías que integran el delito. En la descripción típica se encuentra reflejado como el verbo rector. Se entiende que se trata de un delito de acción cuando la disposición penal requiere la realización de un determinado comportamiento en particular para su actualización. Por lo que hace a los delitos de omisión, en este caso se infringe la norma al no realizar un determinado comportamiento que exige la norma en una determinada situación.

En este sentido, los elementos de el comportamiento según (Mir Puig, 2016, p.196) son: el carácter voluntario o final, en tanto que sólo es posible prohibir penalmente aquellos comportamientos que puedan ser dominados por la voluntad de la persona; y,

el carácter externo, puesto que sólo es lícito prohibir movimientos corporales externos, no así estados mentales, ni personalidades.

En cuanto a la redacción de los tipos, el legislador podrá centrar el desvalor normativo no necesariamente en el comportamiento, sino en el resultado que el mismo genere (Muñoz Conde (2010, p.47). Por tanto, ciertas estructuras típicas preverán, además del comportamiento o, incluso, prescindiendo de él, de un resultado material. Entendido éste como un circunstancia fáctica que se encuentra vinculada causalmente al comportamiento. De ello se sigue que los tipos penales que prevean un resultado material habrán siempre de requerir tanto un comportamiento como un resultado, entre los que habrá de mediar un nexo de causación. Cabe aclarar que sólo los comportamientos activos, es decir, los delitos de acción pueden dar lugar a la causación de un resultado. Puesto que la no realización de una acción determinada, en los delitos de omisión, no puede dar lugar a la causación fáctica de resultado alguno.

Bajo ese orden de ideas, en el caso del enriquecimiento privado no justificado nos encontramos frente a un delito de resultado material, cuyo comportamiento necesariamente es activo -no omisivo-; puesto que, para obtener el incremento patrimonial descrito como resultado típico se requiere de un comportamiento que lo cause. En concreto, para que se consiga un incremento patrimonial, la persona que comete el delito debe desarrollar algún tipo de actividad que le permita alcanzar, apropiarse, adquirir, lograr, ganar, tomar cualquier tipo de bien, a su favor.

En este sentido, queda claro que el verbo rector del tipo penal en estudio únicamente se centra en el resultado de la actividad realizada, no en la forma en la que se cometió. Por ello, el verbo utilizado es *obtener*; pero para llegar a obtener es necesario realizar cualquiera de las acciones antes descritas.

#### **4.3.1.1.3.3. Objetos**

El objeto del delito debe distinguirse en dos: el objeto material y el objeto jurídico.

Por una parte, el objeto material u objeto de la acción consiste en la persona o cosa sobre la que habrá de recaer directamente el comportamiento; en el caso del enriquecimiento privado no justificado se tratará del bien de carácter patrimonial que permite provocar un incremento en el patrimonio del autor del delito.

El incremento patrimonial de acuerdo con la RAE es ‘una variación positiva en el valor del patrimonio del contribuyente puesta de manifiesto como consecuencia de una alteración en la composición de este’. De igual forma, se lo puede entender como una ganancia o un ingreso en el patrimonio. No debemos olvidar que en el epígrafe 1.4 de esta tesis definimos al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos, deberes y obligaciones que son catalogados en pecuniarios y no pecuniarios, es decir, aquellos que son susceptibles de ser valorados en dinero y aquellos que no lo son, por lo que es necesario que tengan un titular, independientemente de si es una persona natural o jurídica.

En este sentido, queda claro que el incremento patrimonial sin causa previsto en el enriquecimiento privado no justificado se refiere a la incorporación de nuevos bienes a su esfera jurídica, sin que exista ningún tipo de negocio jurídico lícito que lo sustente.

Por otra parte, el objeto jurídico es el interés jurídicamente protegido por la ley o también conocido como bien jurídico. Según el doctrinario ecuatoriano Zambrano Pasquel (2014, pp. 44-46) en el proceso de elaboración del COIP, el legislador, para facilitar su manejo y comprensión, construyó el catálogo de delitos en función del bien jurídico que protegían, es decir, el nombre del capítulo en el que se encontraban ubicados respondía al bien jurídico que se protegía.

En este caso, como se mencionó anteriormente, el enriquecimiento privado no justificado se encontraba ubicado dentro de los delitos contra el denominado *régimen de desarrollo*, lo cual nos lleva a pensar que el bien jurídico que se intenta proteger es el propio *régimen del desarrollo*<sup>297</sup>. En líneas posteriores, analizaremos si el régimen de desarrollo puede ser considerado como un bien jurídico tutelado por la norma.

Una vez que hemos revisado el objeto del delito, podemos reiterar la afirmación realizada anteriormente, en cuanto a que el sujeto pasivo de este delito puede ser considerado el Estado o la sociedad; mientras que el perjudicado podría ser cualquiera que haya sufrido una consecuencia derivada del delito.

---

<sup>297</sup> El régimen de desarrollo fue explicado en el apartado 3.1.1. de este trabajo de investigación. No obstante, ha sido definido por la CRE como un conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, y cuyos objetivos están encaminados a que el ejercicio de los derechos que lo integran estén siempre de acuerdo a los principios de equidad e igualdad.

#### **4.3.1.1.3.4. Condición objetiva de punibilidad**

En este punto cabe mencionar que, en el tipo penal bajo análisis, además de los sujetos, de la conducta y del objeto, existe otro elemento: que el incremento patrimonial supere los doscientos salarios básicos de la persona trabajadora. Se trata de una condición objetiva de punibilidad que, como su nombre lo indica, condiciona la posibilidad de sancionar el enriquecimiento privado no justificado. Es decir, se trata de una condición que afecta la relevancia penal del comportamiento típico y de ella depende su carácter injusto. De lo contrario, en caso de que no se actualice esta condición, el comportamiento carecerá de relevancia a la luz del ordenamiento penal.

A saber, el salario básico unificado es el monto mínimo que una persona trabajadora, que cumpla una jornada completa, debe ganar. El valor varía cada año en función de la inflación y es fijado de común acuerdo entre personas trabajadoras y personas titulares de las empresas, a través de la coordinación del Ministerio del Trabajo. No obstante, si los participantes no llegan a un acuerdo, el ministro del Trabajo es quien lo fija. Cabe recalcar que este siempre será en dinero, por lo que no es posible que se pretenda incorporar cualquier bien en especie para su contabilización.

Resulta evidente que el concepto *salario básico unificado* no está descrito en el COIP, por lo que se debe hacer una remisión a una norma de carácter extrapenal, que es el acuerdo dictado todos los años por el Ministerio del Trabajo ecuatoriano, en el que se fija el salario básico<sup>298</sup>. Para el año 2020, el salario básico unificado se fijó en la cantidad de cuatrocientos dólares, por lo que el monto mínimo requerido para que se configure este delito será de 80 000 dólares.

El estudio dogmático del tipo penal que hemos realizado hasta ahora nos permite concluir que estamos frente a un delito común, abierto, de lesión, doloso y que se comete por acción.

#### **4.3.1.1.3.5. Delito de acción pública.**

De conformidad con el art. 410 del COIP, el ejercicio de la acción penal puede ser pública o privada. El ejercicio de la acción pública le corresponde a la fiscalía, la cual inicia sin necesidad de una denuncia previa, mientras que la acción privada le

---

<sup>298</sup> Acuerdo Ministerio 394 publicado en el Registro Oficial del Ecuador el 27 de diciembre de 2019, fijó el salario básico unificado para 2020 en cuatrocientos dólares.



corresponde ejercerá a la víctima mediante una querrela. Por regla general, en el COIP la mayoría de los delitos son de acción pública; quedan únicamente exceptuados los delitos de calumnia (art. 182), usurpación (art. 100), estupro (art. 167) y lesiones (arts. 152.1 y 152.2).

Por ello, el enriquecimiento privado no justificado es un delito de acción pública, cuyo titular de la acción penal es la fiscalía.

#### **4.3.1.1.3.6. Tensiones con el principio de presunción de inocencia.**

Tal y como consigna el art. 76, número 7, letra m) de la CRE, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la garantía de presunción de inocencia de toda persona.

La presunción de inocencia, de acuerdo con Solórzano Garavito (2016, p.96), es un postulado que no admite ninguna naturaleza y que adquiere el carácter de derecho fundamental, lo que implica que el acusado no está obligado a presentar pruebas que demuestren su inocencia, porque la carga de demostrar el cometimiento del delito recae en el Estado; es decir, la carga de la prueba respecto de la culpabilidad le corresponde a quien acusa.

En este tipo penal, a nuestro modo de ver, la carga de la prueba que tiene la fiscalía está únicamente encaminada a acreditar que se produjo un aumento en el patrimonio de la persona, sin una justificación aparente, no si tal incremento patrimonial es ilícito. En otras palabras, el tipo penal no exige que el incremento patrimonial, como resultado material, sea ilícito y, por consiguiente, consecuencia de un actuar ilícito. Sino que, solamente exige que no sea justificado.

Esto, desde nuestro punto de vista, invierte la carga de la prueba, ya que la persona imputada está en la necesidad de acreditar que el origen de estos bienes o derechos sean lícitos. De ahí que nace la obligación de demostrar la existencia de cualquier acto jurídico (herencia, donación, contrato, actividad comercial) que justifique tal incremento.

La consecuencia natural de la inversión de la carga probatoria es desvirtuar el principio de presunción de inocencia; por el contrario, se presume la culpabilidad de la persona

imputada, ya que depende de los medios probatorios que aporte, el reconocimiento de su inocencia.

Todos estos elementos nos llevan a considerar que el tipo penal, tal y como está construido, atenta contra principios esenciales del derecho penal. Pues, por un lado, invierte la carga de la prueba tal y como se explicó.

Por otro, no está apegado al requisito de taxatividad, en tanto no prevé ni concreta de forma alguna cuál es el comportamiento que se considera relevante para dar lugar a un incremento patrimonial que se conciba como no justificado. Consecuentemente, el tipo penal no le permite conocer claramente a las personas cuál es el comportamiento que no deben realizar, pues el verbo obtener es tan extenso que podrían subsumirse numerosas conductas. Es decir, que la configuración del delito se podría lograr a través del cometimiento de otras conductas delictivas como son la estafa, el fraude, la defraudación tributaria, etc., en las que se obtiene como resultado un incremento patrimonial sin causa, dado su origen en un hecho ilícito.

Por lo que respecta a la relación entre el sujeto pasivo y el bien jurídico protegido, el hecho de que sean el Estado y el régimen de desarrollo genera otra duda, ya que, si consideramos el régimen de desarrollo como bien jurídico protegido, nos encontraríamos, nuevamente, frente a un concepto sumamente amplio que desarrollaremos en líneas posteriores, para comprender el sentido y el alcance que le quiso otorgar el legislador ecuatoriano.

#### **4.3.1.2. Bien jurídico**

El bien jurídico en la doctrina penal, según Mir Puig (2016, pp. 172-184), se utiliza en dos sentidos: para referirse a la política criminal y al sentido dogmático. En nuestro estudio, únicamente haremos mención de este último, ya que versa sobre el objeto de protección del derecho penal. El objeto de protección del derecho penal es una la expresión dialéctica de realidad y valor, en el que se protege tanto el valor como la realidad concreta de los ciudadanos. Este es el elemento clave para descubrir la naturaleza del tipo del tipo penal, por cuanto le otorga sentido y fundamento.

El derecho penal, atendiendo al principio de mínima intervención, debe enfocarse únicamente a proteger bienes jurídicos que sean realmente importantes (Muñoz Conde, 2010, p. 48), con lo que se pretenda evitar comportamientos lesivos o peligrosos para estos.

Para abordar el estudio del *régimen de desarrollo* como bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento privado no justificado, de forma previa, debemos referirnos brevemente a los tipos de bienes jurídicos que existen: individuales, supraindividuales o colectivos.

En primer lugar, en los bienes jurídicos individuales el interés es personal, como en el caso del robo o del asesinato. En segundo lugar, en los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos existe una afectación social, como en el caso de la Administración pública o en el del tipo penal en estudio, que es el régimen de desarrollo.

Estos últimos, según Martínez-Buján (1998, p. 134), con el que coincidimos, tienden a aumentar la confusión y a dificultar la comprensión de los tipos penales, ya que los términos utilizados para explicar cada uno de esos son diversos y, hasta podríamos señalar que, en algunos casos, excesivos, de manera que es usual encontrar diversas doctrinas que los definen de diferente forma.

En cuanto a las funciones del bien jurídico, siguiendo a Mir Puig (2016, p. 175), podemos considerar que son las tres siguientes:

- i. Función sistemática, que es a la que hizo referencia Zambrano Pasquel, respecto a que la clasificación de los tipos penales en el COIP se realizó en función del bien jurídico protegido.
- ii. Función de guía de interpretación. Hefendehl (2002, p. 4-14) sostiene que la interpretación teleológica que se hace de este excluye cualquier conducta que no lo lesionen o lo pongan en peligro.
- iii. Función de criterio de medición de pena, que consiste en la variación de la pena en función de la gravedad en la lesión que se causa al bien jurídico.

Ahora bien, ya hemos visto que el COIP en Ecuador utilizó la función sistemática para la construcción de la norma, pero consideramos que, si utilizamos la función de guía de interpretación como un mecanismo de comprobación, podría ayudar a esclarecer, de manera más clara, los límites o el ámbito que tal conducta pretende prohibir. Para ello, debemos remitirnos nuevamente al concepto de *régimen de desarrollo* contenido en el art. 275 de la CRE, que lo define como «(...) el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*».

En este sentido, la definición del bien jurídico solo nos permite establecer que se trata de un bien jurídico supraindividual que pretende proteger diversas relaciones sociales para la subsistencia de un sistema democrático. Como puede observarse, se incluyen sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que continúan siendo relaciones excesivamente amplias para la determinación del tipo penal en análisis.

Esto lo único que nos permite es reafirmar que el tipo penal es demasiado amplio y que no es posible, a través del criterio orientador que otorga el bien jurídico, obtener la certeza de lo que pretende comunicar la norma; es decir, desde nuestro punto de vista, falta claridad respecto a cuál es la conducta que se pretende prohibir con su tipificación, ya que bien puede darse un incremento patrimonial injustificado en relaciones económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales. Además, consideramos que este tipo de relaciones sociales no pueden ser llevadas al ámbito penal de forma tan general, en tanto que se estaría transgrediendo el principio de mínima intervención penal. Además, existe la posibilidad de tipificar conductas y sanciones dentro del propio régimen sancionado laboral y de la Seguridad Social<sup>299</sup>, sin que esto conlleve el traslado de todas las conductas a la esfera penal.

#### **4.3.1.3. Culpabilidad**

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que esta tipología no solo repercute en el principio de legalidad, sino también en la culpabilidad, como veremos a continuación.

La culpabilidad es una de las categorías que integran la teoría del delito, junto con la acción, la tipicidad y la antijuricidad, también conocidos como *injusto penal*. A criterio de Molina Fernández (1995, pp. 265-296), para que se pueda imponer una pena o se realice un juicio de reproche es necesario verificar que hayan confluído todos estos.

En el supuesto de que, en una imputación por enriquecimiento privado no justificado, se haya configurado el injusto penal, a nuestro modo de ver la indeterminación con la que está construida la norma incidiría de manera directa en la configuración de la culpa, incrementando las posibilidades de que exima de responsabilidad al autor, tal como veremos a continuación.

---

<sup>299</sup> El régimen sancionador en el orden social en España es muy amplio, ya que hemos podido detectar, salvo error u omisión de nuestra parte, al menos veinte leyes en las que se encuentran previstas infracciones en el ámbito laboral, así como sus respectivas sanciones. Entre las sanciones previstas se encuentran, entre otras, las multas, la pérdida de ayudas o bonificaciones, la devolución de cantidades percibidas de forma indebida.

El concepto de *culpabilidad* ha sufrido una evolución, como indica Muñoz Conde (2010, p. 121). En un primer momento, se consideraba culpable a quien cometiera el injusto, pero estaba en capacidad de actuar de modo distinto, es decir, si se podía entablar una relación psicológica entre el autor y su acto. Sin embargo, esta concepción cambió cuando se empezó a analizar desde una concepción normativa, entonces la culpabilidad se convirtió en un reproche que se hacía al autor del delito por haber actuado en la forma en que actuó.

Para estar en capacidad de realizar este juicio de reproche se deben cumplir tres elementos:

- i. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Implica aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse por la norma<sup>300</sup>.
- ii. La exigibilidad de un comportamiento distinto, que viene dado por la propia norma, en la cual el juicio de reproche se dirige al autor del delito, por haber actuado de esa forma y estando en la capacidad de actuar de un modo distinto. Es decir, que la norma penal le motive a que abstenerse de realizar las conductas que la norma prohíbe, con la amenaza de una pena.
- iii. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal solo puede motivar a los ciudadanos siempre que el tipo penal cumpla con la garantía de taxatividad, es decir, que la norma brinde certeza respecto a la conducta que está prohibida.

Esto tres requisitos se deben cumplir de forma concurrente, de manera que, si se produce una alteración en cualquiera de ellos, no se podría llevar a cabo el juicio de reproche.

Desde nuestro punto de vista, el mayor problema al que nos enfrentamos en el juicio de reproche, en el delito de enriquecimiento privado no justificado, es respecto al conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La ambigüedad en el tipo penal, específicamente en el verbo recto, *obtener*, es el que no permite tener certeza respecto a la conducta que está prohibida.

---

<sup>300</sup> La función motivadora de la norma penal consiste en que los individuos sean capaces de modular su conducta para abstenerse de realizar cualquiera de las conductas que están prohibidas por la ley. La motivación consiste en la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, de manera que la facultad humana permita la atribución de una acción a un sujeto y, por ende la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.

En este sentido, Muñoz Conde (2010, pp. 145-156) sostiene que quien realiza dolosamente un tipo penal, por regla general, tiene conocimiento de la ilicitud de su hacer. Por ello, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta se convierte en un elemento esencial, en el que se funda la culpabilidad. Esto implica que la atribución de la culpabilidad solo puede aplicarse para quien conoce que su conducta está prohibida, es decir, quien se vio motivado por ella tenía pleno conocimiento de que estaba prohibida; caso contrario, no tendría motivación para abstenerse de cometerla.

Ahora bien, este conocimiento de la norma no debe ser respecto al tipo penal en específico, sino que basta con que el autor tenga motivos suficientes para pensar que su conducta está prohibida y que es contraria a las normas de convivencia. En este punto cabe mencionar que, si el autor desconoce la antijuricidad de su conducta, podría estar inmerso en un error de prohibición.

Consideramos que el tipo penal de enriquecimiento privado no justificado podría estar inmerso en un error de prohibición invencible, ya que por la falta de claridad en la norma no es posible saber el hecho constitutivo de la infracción penal.

#### 4.3.1.4. Pena

En este epígrafe haremos una comparación entre la pena prevista para el delito de enriquecimiento privado no justificado, respecto a las penas contempladas para los delitos de laborales presentes en el COIP, con el fin de determinar si se equipara o si existe una diferencia sustancial entre ellos. A nuestro modo de ver, este es un elemento que nos esclarecería si existe relación entre ellos.

**Tabla 2**

***Penas en delitos laborales y su equiparación con el enriquecimiento privado no justificado***

	Impedimento o limitación del derecho a huelga	Retención ilegal de aportación a la seguridad social	Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica	Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	Enriquecimiento privado no justificado
Art.	241	242	243	244	297
Naturaleza de la infracción	Delito	Delito	Delito	Contravención	Delito
Pena	Privación de la libertad 2 a 6 meses	Privación de la libertad 1 a 3 años	Multa 3 a 5 salarios básicos	Privación de la libertad 3 a 7 días	Privación de la libertad 3 a 5 años

Tabla 2: Esta es una tabla de creación propia para cuya elaboración se consultó el COIP

Los datos consignados en la tabla nos permiten advertir que el COIP, en la categoría de delitos que tutelan el derecho al trabajo y la Seguridad Social, ha previsto 3 delitos y 1 contravención, que resultan similares en cuanto a la dosimetría de sus penas.

Las penas de privación de libertad previstas para el impedimento o limitación del derecho a huelga, la retención ilegal de aportación a la Seguridad Social y la falta de afiliación al IESS, están comprendidas en un rango de 3 días a 3 años (menor a mayor). Esto, sin tener en consideración que, para el caso de la falta de afiliación al IESS por parte de una persona jurídica, pese a ser un delito, no acarrea una pena privativa de libertad, sino una sanción pecuniaria, que se calcula por cada persona trabajadora que no esté afiliada, la cual a 2020 estaría en el rango de 1200 a 2000 dólares<sup>301</sup>.

En el caso del enriquecimiento privado no justificado, la pena de privación de libertad está en el rango de 3 a 5 años, lo que supera el rango de duración previsto para los delitos laborales. Además, como hemos venido sosteniendo a lo largo de este epígrafe, no es un tipo penal de naturaleza laboral, sino que protege un bien jurídico supraindividual, que tiene una relación tangencial con el derecho al trabajo, pero que no está previsto para protegerlo.

Podemos concluir que, entre el enriquecimiento privado no justificado y los delitos de naturaleza laboral contemplados en el COIP, no existe una concordancia en la duración de sus penas. Por ello, a nuestro modo de ver no existe una relación entre ellas que nos permita sostener que es un delito que se aplica directamente en los casos en los que se configura un enriquecimiento injusto en materia laboral.

Una vez que hemos analizado la dogmática del tipo penal de enriquecimiento injusto, podemos inferir que el legislador tenía la intención de adecuar en este tipo penal todas las conductas que no fue capaz de describir en tipos penales específicos. No obstante, consideramos que este tipo penal no podría ser aplicado en los casos en los que se produce un enriquecimiento injusto en materia laboral.

En primer lugar, porque no cumple con el principio de legalidad previsto en el art. 76 numeral 3 de la CRE, ya que la descripción de la conducta es sumamente amplia, por lo que, a nuestro modo de ver, no comunica con claridad el comportamiento que se

---

<sup>301</sup> Este valor se ajusta anualmente en función del valor del salario básico unificado. Este valor a 2020 fue de 400 dólares de acuerdo con el Acuerdo Ministerial 394 publicado en el Registro Oficial del Ecuador el 27 de diciembre de 2019

pretende sancionar. Esto implica una inobservancia a las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*, propias del principio de legalidad, ya que el supuesto no está formulado con concreción y da la posibilidad de ser aplicada de forma extensiva.

En segundo lugar, no cumple de forma irrestricta con la garantía de taxatividad, debido a que no se describe con precisión la conducta prohibida. La conducta prohibida en el tipo penal en estudio es *obtener*, sin embargo, desde nuestro punto de vista, existen un sinnúmero de formas por las que se puede obtener algo que no se encuentran descritas en el delito.

En tercer lugar, el bien jurídico que protege el denominado *régimen de desarrollo* es un concepto jurídico tan amplio que permite la posibilidad de que se subsuma cualquier tipo de relación jurídica que tenga relación con los sistemas políticos, económicos, socioculturales y ambientales.

Estos elementos son más que suficientes para afirmar que el tipo penal de enriquecimiento privado no justificado, a nuestro modo de ver, violenta el principio de legalidad previsto en la CRE, por lo que debería ser declarado inconstitucional.

Teniendo en cuenta el estudio realizado, solo hemos podido encontrado, salvo error u omisión de nuestra parte, dos elementos que podrían generar una relación entre este tipo penal y el enriquecimiento injusto en materia laboral: los términos lingüísticos empleados y la ubicación del trabajo y el tipo penal bajo el *régimen de desarrollo*, en la CRE y en el COIP, respectivamente.

En términos generales, se puede afirmar que enriquecerse a costa de otro es una conducta que podría estar considerada como ilícita, pero lo cierto es que, en materia laboral, como hemos visto a lo largo de este trabajo, el enriquecimiento injusto se configura, en su mayoría, con la transgresión de otro tipo de normas, que ya tienen previstas sanciones. Por ello, resulta imposible que este tipo de conducta pueda trascender a la esfera penal, más aún cuando no existen procedimientos administrativos y laborales en Ecuador para sancionar la mayoría de las conductas que sirven de medio para su cometimiento. Por ejemplo, si una empresa se enriquece a costa de la falta de pago de horas extras.

Lo cierto es que, en Ecuador, está sujeta a una sanción pecuniaria que consiste en el triple de recargo del valor no pagado, por ser parte de la remuneración de la persona trabajadora. También puede ser sometida a un proceso de visto bueno, en el que se



declare la terminación del contrato por el incumplimiento de obligaciones, que genere como consecuencia el pago de una indemnización de despido intempestivo. Esto no exime de que en el ámbito administrativo también pueda ser sometida a una inspección integral por parte del órgano de control (Ministerio del Trabajo) en el que se verifique el cumplimiento de estas.

Otro de los problemas que también pudimos detectar respecto a esta conducta es que, si el enriquecimiento se produce como consecuencia de una relación de trabajo válida, estaríamos frente a una atipicidad, ya que se elimina uno de los elementos del tipo que es el *injusto*.

Para aquellos casos puntuales en los que no existe una causa jurídica que los justifique, como en los contratos de trabajo nulos, difícilmente se pueda realizar un juicio de reproche por lo indeterminado de la conducta, por cuanto no permite tener conocimiento respecto a la acción que se debe realizar para que adecue al tipo, debido a que por su amplitud podría ser cualquiera.

#### **4.3.2. Propuesta de creación de un tipo penal específico**

Una vez que hemos analizado todos los elementos del delito de enriquecimiento privado no justificado, consideramos que este no es el tipo penal idóneo para sancionar cualquier supuesto en el que se configure un enriquecimiento injusto en materia laboral. En este punto, sostenemos que no es necesario elevar a esta figura a la categoría de delito, ya que las conductas que se utilizan para cometerlo (fraude, simulación, incumplimiento de obligaciones), sí tienen sanciones previstas en la legislación laboral.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que el enriquecimiento sin causa en materia laboral sí podría ser sancionado penalmente, si se crea un nuevo tipo penal que recoja sus elementos configuradores. Cabe aclarar que, para ello, la acepción correcta a utilizar sería *sin causa*, para circunscribir al tipo penal a la esfera jurídica objetiva, es decir, a la falta de causa —entendida como la ausencia de un vínculo jurídico válido— para que produzca.

En este sentido, propondríamos como enunciado del tipo penal el siguiente:

*Enriquecimiento sin causa laboral: Al empresario o al trabajador que, aprovechándose de una relación laboral ilícita, por sí o por interpuesta persona, obtenga un beneficio de*

*carácter patrimonial en perjuicio de una de las partes, del Estado o de la Seguridad Social, será sancionado con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años.*

El tipo penal propuesto contempla como sujetos al titular de la empresa y a la persona trabajadora, lo que implica que tienen una calidad especial, sin la cual no estarían en posibilidad de efectuarlo. De la misma manera, circunscribe la conducta a una relación laboral ilícita, en la que se encuentran los contratos de trabajo viciados de nulidad.

En cuanto al resultado, se tiene que configurar un beneficio patrimonial para una de las partes, en detrimento de la otra, lo que es un elemento esencial de esta figura, desde su nacimiento en el derecho civil. Por lo que respecta al sujeto pasivo, encontramos tanto a las partes participantes de la relación laboral —titular de la empresa y persona trabajadora— como al Estado y a la Seguridad Social. Así mismo, se está planteando la posibilidad de que utilice cualquier tipo de estructura societaria para el cometimiento de la falta, así como cualquier mecanismo de descentralización productiva ilícita.

Por último, la pena impuesta de 1 a 3 años, desde una perspectiva de proporcionalidad con el bien jurídico tutelado, guarda total relación con las penas establecidas para los demás delitos de naturaleza laboral, por lo que se estaría respetando la dosimetría prevista para estas penas.



## Capítulo V

### **Precariedad laboral como origen de la inserción del enriquecimiento injusto en materia laboral**

Los supuestos que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo de investigación, si bien tienen características y finalidades distintas, como las de simular actos, incurrir en fraude a la ley o incumplir obligaciones, lo cierto es que todas confluyen en el hecho de que su resultado genera algún tipo de afectación a los derechos de las partes participantes en la relación laboral. Pues, como vimos anteriormente, algunas conductas generan perjuicios a la persona trabajadora, otras a la persona titular de la empresa y otras al Estado.

Todos estos hechos, unidos a los demás elementos que hemos revisado a lo largo de esta tesis, nos llevan a plantearnos la siguiente interrogante: ¿es la precariedad laboral el elemento que dio origen a la incorporación del enriquecimiento injusto en materia laboral?

Para contestar esta interrogante es necesario que estudiemos el concepto, el contexto histórico y los elementos constitutivos de la precariedad laboral, para luego centrarnos en la descentralización productiva, como uno de los medios que la generan. En cuanto a la descentralización productiva, estudiaremos sus características generales y los principales problemas que se generan en el ámbito laboral, para luego adentrarnos en el análisis de las principales figuras de descentralización productiva en Ecuador antes y después del 2008.

La estructura de este capítulo está concebida para que prácticamente la totalidad del análisis sea desde la perspectiva de la legislación laboral ecuatoriana, así como de la realidad histórico-política que atravesaba el país entre 1998 y 2008<sup>302</sup>, lo cual no impide que se tomen elementos puntuales de la legislación laboral española para dotarle de mayor sustento jurídico.

#### **5.1. Precariedad laboral**

Los cambios laborales que afectaron la economía mundial después de la segunda mitad del siglo pasado son los que dieron origen al uso frecuente de tres expresiones

---

<sup>302</sup> Se ha delimitado el análisis al periodo comprendido entre 1998 a 2008, debido a que durante este transcurso de tiempo, se produjeron la mayor cantidad de acontecimientos que, a nuestro modo de ver, estuvieron más relacionados con la descentralización productiva.

relevantes en el derecho laboral: el trabajo decente, el trabajo típico y el trabajo atípico, a los que Miguélez y Prieto (2001, p. 223-240) y De la Garza Toledo (2010, p. 45) ubican como los predecesores de la precariedad laboral.

En primer lugar, encontramos que la OIT (1995, p. 15) ha definido el trabajo decente como aquel «(...) trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social». Este concepto nos refleja el deber ser de las relaciones laborales, el que busca que las personas trabajadoras no solo se limiten a cumplir una actividad de forma mecánica, sino que a través de su trabajo logren desarrollarse como personas, en su familia y en la sociedad. Además, el trabajo les permite obtener ingresos justos y proporcionados al esfuerzo empleado en su desempeño, así como el pleno respeto a sus derechos laborales.

En la Memoria del Director General de la OIT (Somavia, J.), presentada en la 87<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999 (pp. 1-6), se señaló que el trabajo decente está caracterizado por cuatro objetivos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. A grandes rasgos, estos objetivos son:

- i. Los derechos en el trabajo. Todas las personas trabajadoras adquieren derechos al acceder a una fuente de empleo, por lo que los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales deberían estar encaminados al mejoramiento de las condiciones del trabajo. Estos derechos deberían tener un amplio ámbito de aplicación y que, sin importar el lugar de trabajo, el país donde se realicen las actividades o el tipo de economía que posea, todas las personas tengan garantizado su acceso y respeto.
- ii. Las oportunidades de empleo. Este objetivo pretende ampliar las oportunidades de acceder a un trabajo productivo y seguro en el que no solo se busque acabar con el desempleo y subempleo, sino asegurar que las fuentes de empleo sean de calidad.
- iii. La protección social. Este objetivo está encaminado a que las condiciones de trabajo sean humanas, es decir, que las personas trabajadoras se encuentren protegidas de cualquier tipo de vulnerabilidad<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup> Esta referencia a la protección social está tomada de la Memoria del Director General de la OIT que estamos analizando, sin perjuicio de lo cual, estamos consientes que esta incluye todas las intervenciones

- iv. El diálogo social. Este objetivo requiere la participación y la libertad de asociación para alcanzar la resolución de conflictos, así como la defensa de los derechos.

Los objetivos señalados no solo integran el trabajo decente, sino que recogen el propósito de la OIT en la actualidad, ya que durante la Asamblea General de Naciones Unidas, desarrollada el 25 septiembre de 2015, estos se volvieron elementos centrales del documento denominado «Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible»<sup>304</sup>, que se ha convertido en la guía de trabajo que ha de seguir las Naciones Unidas hasta el 2030, lo cual repercute de manera directa a la OIT.

El trabajo decente y el crecimiento económico forman parte de los diecisiete objetivos de este documento. Específicamente lo encontramos en el objetivo ocho, cuya finalidad consiste en la promoción de un empleo pleno, productivo y decente para todas las personas. En este objetivo se han fijado diez metas, que principalmente consisten en la implementación de políticas orientadas a la creación de fuentes de empleo para jóvenes, mujeres y grupos vulnerables, así como mejorar las condiciones de los empleos ya existentes.

De acuerdo con la información proporcionada por la ONU en el documento «Ecuador y la Agenda de Desarrollo 2030» (2016, pp.1-20)<sup>305</sup>, el país realizó contribuciones recogidas en 75 eventos que permitieron la construcción de los antes explicados. En cuanto al objetivo ocho, el documento señala que, en el país, a 2015, el 46,5% de las personas trabajadoras estaban en un empleo adecuado, de las que el 44,2% se encontraba afiliado a la Seguridad Social.

Estos datos nos reflejan que el Ecuador tiene a más de la mitad de su Población Económicamente Activa (en adelante, PEA) en condiciones de precariedad laboral, por la falta de empleo adecuado y la falta de acceso a la Seguridad Social. Por ello, consideramos que la Agenda de Desarrollo 2030 podría tener un impacto significativo en la realidad del empleo en el Ecuador, ya que de conseguirse las metas fijadas

---

de organismos públicos o privados para promover el ejercicio de los derechos para reducir el riesgo y la vulnerabilidad social y económica.

<sup>304</sup> Este documento fue adoptado por 193 Estados Miembros de la ONU, el cual incluye 17 objetivos de Desarrollo Sostenible que buscan establecer un nuevo paradigma de desarrollo en el mundo sostenido en tres pilares fundamentales que son: la economía, la sociedad y el medio ambiente. Entre los países que adoptaron el documento se encuentran España y Ecuador.

<sup>305</sup> El documento se puede consultar en el siguiente enlace:

<https://www.local2030.org/library/239/Ecuador-y-la-Agenda-de-Desarrollo-2030.pdf>

podríamos estar ante fuentes de empleo estables y seguras, que permitan el correcto desenvolvimiento de la persona trabajadora.

Consideramos que la Agenda de Desarrollo 2030 es un instrumento que se puede complementar con la CRE del 2008, ya que ambos, pese a las diferencias de fecha en cuanto a su 'lanzamiento', fueron concebidos para posicionar al ser humano como eje central de todas las políticas económicas y sociales. En un escenario ideal, que esté excluido de cualquier evento fuera de lo común, permitiría que en cada país y en todo el mundo en general se esté haciendo un trabajo conjunto entre la ONU, la OIT y los Estados miembros, para mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Ahora bien, por más que este planteamiento pudiera sonar ingenuo en el marco de una tesis doctoral, lo cierto es que no debemos olvidar que las conductas de *deber ser* son las que nos permiten trazar políticas públicas más adecuadas, así como a los ciudadanos adecuar nuestros comportamientos, en aras de conseguirlos.

En segundo lugar, encontramos las expresiones *trabajo típico* y *trabajo atípico*, que han sido explicadas por la OIT en diversos documentos, entre los que se encuentra el informe denominado «El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas» (2016, pp. 1-40). En este documento se dice que el trabajo típico es una relación jurídica directa y subordinada entre la empresa y la persona trabajadora. Sus características esenciales son la continuidad, la estabilidad y la jornada completa. Muestra que la contracara de esta forma de empleo es el atípico, el cual presenta características de inseguridad para las personas trabajadoras, especialmente en su continuidad y permanencia.

Las formas atípicas de empleo, según las conclusiones de la reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo<sup>306</sup> (2016, pp.1-59), se agrupan en cuatro categorías: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal a través de agencia o que impliquen una pluralidad de partes, y el empleo por cuenta propia pero económicamente dependiente. Todo esto se puede explicar de forma sucinta, de la siguiente manera:

---

<sup>306</sup> La reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo se llevó a cabo en 323ª reunión del Consejo de Administración de la OIT, celebrada entre el 12 y el 27 de marzo de 2015. El informe que contiene las conclusiones de esta reunión se puede consultar en el siguiente enlace: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_354089.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_354089.pdf).

- i. El empleo temporal está relacionado con las modalidades contractuales de duración determinada, proyectos o tareas, así como el trabajo ocasional<sup>307</sup>, temporal y jornal.
- ii. El trabajo a tiempo parcial es una modalidad contractual en la que la jornada de trabajo es menor que la de tiempo completo.
- iii. El trabajo temporal por medio de agencia o que impliquen una pluralidad de partes abarca la prestación de servicios en régimen de subcontratación, en el que no existe relación directa ni subordinada con la empresa usuaria.
- iv. El empleo por cuenta propia pero económicamente dependiente es una forma de simulación contractual que oculta la identidad de la empresa empleadora<sup>308</sup>. Esta contrata a personas trabajadoras a través de una empresa intermediaria, que se instrumentaliza con el uso de un contrato civil o mercantil que elimina la protección del derecho laboral.

Lo expuesto nos permite determinar que todas estas modalidades contractuales comparten características de inseguridad y mala calidad de contratación. Hay que tener en cuenta que trabajo típico y trabajo decente no son sinónimos, de manera que puede existir cualquier tipo de modalidad contractual, ya sea típica o atípica, pero decente.

A partir de las expresiones analizadas, tal y como referían los autores citados anteriormente, se construye lo que hoy en día se denomina precariedad laboral.

La precariedad laboral, según Standing (2000, p.226), fue una expresión empleada por primera vez en los años cincuenta, pero hasta el año 2000 no se popularizó su uso académico. Esta expresión evidencia un nuevo régimen de organización del trabajo y de la integración profesional de los países occidentales, pero sobre todo para referirse a los cambios que han alterado las características del empleo, especialmente en la reducción de su calidad. Düll (2003, p. 3) opina que la percepción del empleo precario es un concepto jurídico que está ligado a la posición ideológica y política de cada país, específicamente en cuanto a su regulación institucional y en su modelo de producción.

Por su parte, la OIT, en el tesoro de terminología del trabajo, el empleo y la formación (1998), ha definido la precariedad para referirse a aquella «(...) relación laboral donde

---

<sup>307</sup> El trabajo ocasional es una modalidad contractual por periodos cortos, esporádicos o intermitentes a cambio de un salario por las condiciones de trabajo diario o periódico.

<sup>308</sup> Se trata de una zona gris del derecho del trabajo, aunque en España esté reconocido formalmente con la figura del trabajador autónomo que se encuentra regulada en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, específicamente en el capítulo II, arts. 11 a 18.



falta la seguridad de empleo»<sup>309</sup>. Es decir, un empleo de mala calidad o aquel que carece de estabilidad. Entre ellos se encuentran los contratos temporales, de tiempo o término fijo, a domicilio, la subcontratación o aquellos en los que no se da de alta en la Seguridad Social. También se encuentran aquellos contratos en los que se simulan figuras para evitar responsabilidades laborales, así como aquellos empleos en los que su salario no alcance el mínimo legal, o no permita cubrir los costos mínimos indispensables que requiere una persona para su supervivencia.

En este sentido, este organismo en las políticas y regulaciones para luchar contra el empleo precario (2011, p. 7) contempla una serie de condiciones que son necesarias para hablar de precariedad: salario bajo, escasa protección frente al despido, falta de acceso a la protección social y los beneficios propios de un trabajo estable, así como a la facultad limitada de ejercer los derechos en su trabajo.

Si analizamos esta definición y la comparamos con la de empleo atípico, podríamos llegar a afirmar, de forma preliminar, que son sinónimos. Pero consideramos que la precariedad es un fenómeno que se puede producir tanto en empleos típicos como en empleos atípicos, ya que la condición para que se configure es la falta de seguridad de empleo.

La falta de seguridad en el empleo se puede generar por diversos factores, entre los que se encuentran la mala calidad de contratación, la falta de estabilidad, los bajos salarios, la escasa protección frente al despido o la falta de acceso a la protección social, lo cual también puede estar presente en los empleos típicos. Por ello, consideramos que existe mayor probabilidad de que los empleos atípicos sean precarios, ya que los contratos temporales, la subcontratación o la simulación suprimen la estabilidad y la permanencia de las personas trabajadoras.

Como se puede comprobar, la precariedad laboral engloba diversas situaciones, pero que tienen un denominador común: la situación de debilidad de las personas trabajadoras, la cual se evidencia y se acusa más, a pesar de tener un empleo.

### **5.1.1. Contexto histórico de la precariedad: un breve apunte del siglo XX**

En el siglo XX el contrato de trabajo de tiempo completo con duración indeterminada o indefinida era considerada como la modalidad contractual idónea para garantizar condiciones de vida estables a las personas trabajadoras. Respecto a este concepto,

---

<sup>309</sup> Esta definición se puede consultar en el siguiente enlace:

Marsi (2011, p. 139-152) concuerda con que estábamos frente a una relación normal o típica de trabajo, en la que la prestación de servicios bajo dependencia era estable en el tiempo y cuyas condiciones se encontraban reguladas en la ley, el contrato individual de trabajo y el convenio colectivo. A partir de 1970 se produjeron una serie de eventos que generaron un cambio en la estructura organizacional de la empresa, que llevaron a separarse del modelo típico de contratación laboral y a adoptar nuevas formas de contratación, caracterizadas por tener una duración a plazo determinado, de jornada parcial o sin estabilidad, de ahí que a estas se las conozca como atípicas.

Entre los eventos que originaron este cambio en la estructura organizacional de la empresa, Caamaño Rojo (2005, pp. 25-53) destaca como los más importantes el desarrollo de la informática y las tecnologías de la información —y su aplicación a los procesos productivos—, la descentralización productiva y el sistema de remuneraciones; a lo que le deberíamos sumar, evidentemente, la crisis del petróleo de 1973, que más tarde o más temprano llegó a todos los países.

El primero permite una producción en serie y estandarizada que responde de mejor manera a los requerimientos cambiantes de los consumidores, lo cual genera repercusión en la productividad y competitividad, así como una fragmentación de los procesos productivos y de los servicios, en los que se encuentra la posibilidad de realizar actividades laborales en espacios físicos fuera del centro de trabajo o de las instalaciones de la empresa.

El segundo permite afrontar de manera más rápida los cambios en el entorno económico e institucional de las empresas, a través del uso de la intermediación laboral y la tercerización (*sic.*) del empleo, que permite generar mayor flexibilidad en la producción, gestión y comercialización de sus bienes o servicios, lo cual se traduce en el control y reducción de los costos laborales.

El tercero implica pasar de remuneraciones fijas a variables, que estaban atadas a la rentabilidad de la empresa, con el objeto de fortalecer la productividad y la flexibilidad de los costos laborales derivados de los salarios.

Estos eventos fueron producto de la realidad histórica que estaba atravesando el mundo a finales del siglo XX, con el fenómeno de la globalización. De acuerdo con Palomo Garrido (2012, pp. 69-109), debido al crecimiento económico de Europa después de la segunda guerra mundial, se incrementó la competencia y las empresas comenzaron a utilizar mecanismos de publicidad y calidad de los insumos para atraer

clientes. Esta aceleración de la economía se frenó radicalmente en 1980 con la guerra fría, porque el bloque liderado por Estados Unidos abogaba por un sistema económico y político regulado por las leyes del libre mercado, en las que el Estado tuviera una mínima intervención; mientras, el bloque soviético buscaba un proceso de integración comercial en el que existiera un sistema económico homogéneo.

Esta pugna, según Bell (2006, p. 89) y Fukuyama (1994, p.36), es el punto de partida para la consolidación de un neoliberalismo en el que se consideró al trabajo como un bien que, al igual que los demás bienes comerciales, se debían regular por la oferta y la demanda del mercado. En este sentido, las intervenciones y las regulaciones estatales que se habían creado para protegerlo fueron consideradas como un impedimento para el desarrollo económico de las naciones, ya que estas normas imponían a las empresas cargas patronales (indemnizaciones por finalización de contrato o costos de contratación) que incrementaban sus costes operativos.

Ahora bien, la precariedad laboral no solo lleva a la flexibilización del mercado de trabajo o de la regulación de los países, sino que, para Arriola y Vasapollo (2005, p. 52), Casal Bataller (1999, p. 16) y Antón (2006, pp. 12-16), está pensada como una estrategia cultural deliberada para el mantenimiento del sistema actual laboral, ya que genera una situación de vulnerabilidad laboral que afecta el proyecto de vida de la persona trabajadora, en la medida en que impone unas condiciones laborales de inestabilidad e inseguridad prolongada. El salario que reciben no les permite salir de la pobreza y se le condena a un empleo permanente que sustente procesos de acumulación material inagotables, por parte de la sociedad. Por ello, Bauman (2015, p. 157) afirma que «(...) la flexibilidad es el eslogan de la época».

Desde nuestro punto de vista, la opinión vertida por estos autores pone en evidencia el trasfondo real de la precariedad laboral, en la medida en que se demuestra que el interés preponderante de los grupos económicos es seguir acumulando dinero a costa de las personas trabajadoras. Así se desnaturaliza el concepto de trabajo, ya que deja de ser una fuente de sustento personal. Por el contrario, pasa a ser la fuente de sustento de un capitalismo desmedido, que busca generar necesidades inexistentes en la sociedad y así incentivar al consumo de bienes no esenciales.

La precariedad laboral, reflejada en la transformación de la política de empleo en Europa según Serrano Pascual (2009, pp. 259-290), y Miguélez Lobo y Prieto Rodríguez (2009, pp. 275-286), tiene diversos modelos en función de cada país:

- i. La flexibilidad contralada, que se caracteriza por tener una alta tasa de empleo, y una tasa de desempleo y temporalidad baja, como Suecia.
- ii. La flexibilidad descontrolada tiene como característica que la tasa de paro y precariedad es alta y la tasa de empleo es baja, como España.
- iii. La flexibilidad variable, en la que existe una tasa de trabajo a tiempo parcial alta, por lo que consideran que tiene algunos elementos de precariedad, como es el caso de Reino Unido.

Este contexto histórico también tuvo repercusiones en cuanto a la precariedad laboral en América Latina, ya que, según Boutiller y Castilla (2012, p. 12-16) y Valle Baeza (2000, p. 23), la fuerza de trabajo la región creció a un ritmo acelerado desde 1950 a 1980. Pero ya en esa época una gran parte de los empleos eran considerados precarios, por ser informales o de baja productividad. En este mismo sentido, Cruces y Ham (2010, p. 28) exponen que los mercados de trabajo en los países del Cono Sur, a partir de 1990, estuvieron inmersos en una precarización de los empleos formales. Esto se une a que la tasa de desempleo e informalidad se incrementó. Por esto afirma que en esta década se edificaron las bases legales que afectaron a los derechos de las personas trabajadoras.

En Ecuador, tal como afirma Oleas Montalvo (2017, pp. 210-242), entre 1970 y 1990 la situación económica del país dependía de la explotación de recursos naturales como el petróleo, el banano o el cacao. Tener una mano de obra barata se convertía en la principal estrategia para ser más competitivos. Uno de los hitos más relevantes se dio en 1990 con el Consenso de Washington<sup>310</sup>, cuando se establecieron una serie de políticas encaminadas a conseguir austeridad y disciplina fiscal, reestructuración del gasto público, reformas tributarias, privatización de empresas públicas, liberalización comercial y flexibilización laboral, lo que implicaba una recomposición de fuerzas para la integración de los países a la nueva división internacional del trabajo.

Ahora bien, estos hechos tuvieron un alto impacto en el mercado laboral, según Serrano (p. 64-68), hasta 1984. El movimiento sindical de la época era muy fuerte y se logró conseguir el reconocimiento de algunos derechos laborales, entre los que se

---

<sup>310</sup> El Consenso de Washington es una expresión que describe un conjunto de fórmulas que se plasmaban en reformas para los países en desarrollo y que habían sido perjudicados por la crisis, las cuales pretendían una estabilización macroeconómica, la reducción del estado, y la expansión del mercado en la economía interna.

encontraban la incorporación del decimoquinto sueldo<sup>311</sup> como parte de los beneficios sociales, la instauración de la semana laboral de cuarenta horas y la duplicación del salario mínimo.

Por el contrario, a partir de 1985 toma fuerza un proceso de flexibilización laboral en el que las empresas advertían ciertas ventajas, como una mayor movilidad entre los sectores, lo que permitía una mejor adaptación en periodos de crisis.

Para cumplir con las políticas del Consenso de Washington, así como para responder a las necesidades de este proceso de flexibilización laboral, se realizan varias reformas laborales:

- i. La Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a tiempo parcial recogida en el Decreto n.º. 90 del 2 de agosto de 1990<sup>312</sup>, que incorporó la contratación a plazo fijo, sin la posibilidad de que estos contratos se volvieran estables, así como la suspensión no remunerada del contrato de trabajo, siempre que hubiere un desabastecimiento de los bienes que se utilizaban, o una interrupción no imputable al titular de la empresa, y previo acuerdo expreso de las partes.
- ii. La Ley de Zonas Francas, expedida el 10 de febrero de 1991<sup>313</sup>, que introdujo los contratos de trabajo temporal (inferiores a un año) con renovación ilimitada.
- iii. La Ley n.º 133, reformativa al CT expedida el 13 de noviembre de 1991<sup>314</sup>, que modificó el número de trabajadores exigidos para conformar una organización sindical laboral (sindicato, comité de empresa o asociación profesional), subiendo el requisito de quince a treinta personas trabajadoras. De la misma manera, suspendió la prohibición de despido para el caso de huelgas solidarias y dispuso la obligatoriedad de que la declaración de huelga la haga un comité especial<sup>315</sup>, a falta del comité de empresa.

---

<sup>311</sup> El décimo quinto sueldo consistía un beneficio adicional al que tenían derecho las personas trabajadoras del sector público y privado que quedó derogado al formar parte de la unificación salarial.

<sup>312</sup> Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 493 del 3 de agosto de 1990 y actualmente derogada.

<sup>313</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 625 del 19 de febrero de 1991 y que fue derogada por el Código de la Producción, Comercio e Inversiones publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>314</sup> Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 817 de 21 de noviembre de 1991

<sup>315</sup> Los comités especiales son organizaciones laborales ad-hoc que se constituyen para actos jurídicos específicos, tales como la declaratoria de huelga en los casos en que una empresa no cuente con organización sindical legalmente constituida.

En 1999 el Ecuador atravesó por una crisis económica profunda<sup>316</sup>, que culminó con el abandono del sucre como moneda nacional y la adopción al dólar como moneda oficial. A criterio de Cano (2009, p. 294), esto generó una pérdida de competitividad en los mercados internacionales, por lo que, para compensar este hecho, se expidieron diversas leyes que permitirían una recuperación económica, a costa de la flexibilización en las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Este proceso de flexibilización legislativo, según Porras (2010, p. 320), tenía como objetivo principal la generación de plazas de trabajo e incrementar la competitividad, dejando de lado los derechos y la calidad de vida de las personas trabajadoras.

La primera de las leyes expedidas fue la Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador, expedida el 29 de febrero del 2000<sup>317</sup>, (en adelante, TROLE 1). El principal cambio que introdujo tiene que ver con la incorporación de la modalidad contractual del trabajo por horas<sup>318</sup>.

La segunda fue la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, expedida el 13 de agosto de 2000<sup>319</sup> (en adelante TROLE II), en la que se fijaron montos máximos para el reparto de utilidades, facilitó los despidos y reguló las huelgas. Finalmente todas sus disposiciones laborales fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional del Ecuador mediante Sentencia de 28 de noviembre de 2000<sup>320</sup>.

La tercera no nació como una ley, pero fue una de las reformas que más impacto provocó en la flexibilidad del mercado laboral ecuatoriano: el reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocación, expedido el 23 de marzo de

---

<sup>316</sup> El Banco Central del Ecuador (en adelante, BCE) en los documentos de información estadística mensual publicados entre 1997 a 2006, señala que entre 1998 y 2000 el PIB se redujo de 19.700 a 13.700 millones dólares. Durante esa misma época el número de pobres se duplicó, creció del 34 al 71% y la pobreza extrema pasó del 12 al 74%, el gasto social disminuyó un 22% en educación y 26% en salud. Todo esto se reflejó en una mayor concentración de la riqueza; en 1990 el 20% más pobre recibía apenas el 4,6% de los ingresos; en 1999 el 2,46%. En 1990, el 20% más rico acumulaba el 52% de los ingresos y en 1999 el 61,2%.

<sup>317</sup> Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000.

<sup>318</sup> Esta modalidad contractual fue analizada en profundidad en el capítulo anterior respecto a los supuestos de fraude de ley o simulación, ya que los empresarios utilizaban esta figura para evadir otro tipo de modalidades contractuales que tenían incorporados derechos de estabilidad o más beneficios para los trabajadores.

<sup>319</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.

<sup>320</sup> STCE s/n, Pleno del Tribunal Constitucional, 28 de noviembre de 2000, R. de inconstitucionalidad No. 193-2000-TP, Ponente: s/n, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 231 de 26 de diciembre de 2000.

1998<sup>321</sup>. El objeto de esta ley consistía en que las agencias de colocación se convirtieran en empleadoras y pudieran brindar servicios de personal a terceros.

Este reglamento sirvió de base para que el 5 de octubre de 2004 se expidiera el Decreto n.º 2166 respecto a las normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral, conocida como *tercerización*<sup>322</sup>, en la cual se ampliaron las facultades legales de las colocadoras. Posteriormente, el 30 de mayo de 2006 se expide como tal la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios<sup>323</sup> (en adelante, LRCTRILT), la cual será analizada en profundidad cuando hablemos acerca de la descentralización productiva antes del 2008 en el país.

Estos hechos nos permiten advertir que se concibió la flexibilización laboral reflejándola normativamente como una respuesta desesperada por parte de los Gobiernos frente a la problemática del desempleo, y para responder de manera adecuada a las necesidades del mercado, en la que se sacrifican los derechos de las personas trabajadoras para salvaguardar la economía.

Desde nuestro punto de vista, las reformas legales que precarizan el trabajo se enfocan en la necesidad económica del mercado y dejan de lado la función que tiene el trabajo como fuente de realización personal. Por ello, la problemática que este tipo de condiciones desata es la colisión entre los derechos económicos y los derechos sociales. En el análisis de las diferentes normas expedidas, en los periodos expuestos, evidencian objetivamente un claro predominio de los primeros.

Ahora bien, con el objeto de poder entender los alcances de esta problemática, es necesario estudiar y analizar en profundidad las características y elementos configuradores de la precariedad laboral, desde diferentes perspectivas, y dentro de la temática de la presente investigación, el enriquecimiento injusto en materia laboral.

### **5.1.2. Elementos constitutivos de la precariedad laboral**

A continuación vamos a analizar uno de los elementos constitutivos de la precariedad laboral es la desregulación normativa. Para Santamaría López (2009, p. 35) es un fenómeno sociológico que debe ser analizado desde tres perspectivas: la socioeconómica, la socioestructural y la experimental.

---

<sup>321</sup> Publicado en el Registro Oficial No. 285 de 27 de marzo de 1998.

<sup>322</sup> Publicado en el Registro Oficial No. No 442 de 14 de octubre de 2004

<sup>323</sup> Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 298 de 23 de Junio de 2006.

La socioeconómica responde a dinámicas productivas y empresariales que fragmentan el proceso de trabajo y las relaciones laborales en sí mismas, y que inciden directamente en la calidad del empleo. Estas dinámicas productivas dependen de la ocupación, del tamaño de la empresa, de la actividad que realicen y de los aspectos familiares e individuales de las personas trabajadoras.

La socioestructural, en la que la precariedad pone en duda los pilares básicos que contribuyen a la cohesión social, lo que significa que la precariedad es un fenómeno instalado en la estructura social, que tiene estrecha relación con la desarticulación de los empleos institucionales. De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), en el documento denominado «Equidad, Desarrollo y Ciudadanía»<sup>324</sup> (2000, pp. 5-335), la precariedad laboral repercute de forma directa con el crecimiento económico y social de los países, debido a que el empleo es la principal fuente de ingreso de los hogares, así como el medio para acceder a la retribución, la cobertura y la protección social de las personas trabajadoras, por lo que su falta de acceso a empleos de calidad genera una exclusión y segmentación social que son determinantes en los índices de pobreza y desigualdad.

La experimental, en la que la precariedad laboral es un reflejo de la incertidumbre, la inseguridad y la falta de protección de las condiciones de trabajo que se da como consecuencia de la reestructuración productiva, cuya principal característica consiste en empleos con jornadas superiores a las de ley, ausencia de prestaciones y carencia de organización sindical.

En este sentido, la CEPAL, en el documento denominado «La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad»<sup>325</sup> (2006, pp. 11-181), reconoce que el diseño del financiamiento de la protección social inspirado en el Estado del bienestar y basado en la sociedad del trabajo es una promesa incumplida. Esto es debido a que las reformas del mercado de los años 90 solo exacerbaban la inequidad de los sistemas, por lo que consideró que a mediano y largo plazo el empleo remunerado no podía ser el único mecanismo de protección social. Como solución a este fenómeno se planteaba la construcción de un modelo de protección social basado en derechos, en el que la estructura institucional y política tendiera a consensos para

---

<sup>324</sup> El documento se puede consultar en el siguiente enlace:  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2686/2/S2006536\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2686/2/S2006536_es.pdf)

<sup>325</sup> El documento se puede consultar en el siguiente enlace:  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2806/1/S2006002\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2806/1/S2006002_es.pdf)



la aplicación de derechos, su garantía y viabilidad. Y ya ha pasado más de una década.

Estos indicadores reflejan la realidad de muchos trabajadores. Existe una responsabilidad compartida por parte del Estado y las empresas respecto a la generación de recursos económicos frente a condiciones seguras para las personas trabajadoras. Desde nuestro punto de vista, el contexto histórico-político de la región ha facilitado el auge de la precariedad laboral, ya que, a diferencia de Europa, la desprotección laboral no es una realidad que se remonta a los años 70, sino que, por ser, en su mayoría, países y economías en desarrollo, se han enfrentado con largos procesos de crisis desde su fundación como naciones independientes.

Para continuar con el análisis de esta figura, debemos señalar que, según Mora (2006, pp. 214) y Guerra (1994, p. 25), los elementos constitutivos de la precariedad laboral son:

- i. Los criterios de incertidumbre, de inseguridad e inestabilidad propio de contratos temporales.
- ii. La adopción de políticas remunerativas regidas por minimización de costos, que generan el debilitamiento de los derechos de las personas trabajadoras.
- iii. La implementación de modelos de contratación que evaden los derechos de acceso a la legislación laboral y a la seguridad social.

De estos elementos, podemos advertir que una de las cuestiones que está estrechamente relacionado con la precariedad laboral es la flexibilidad, que según Standing (2011, pp. 30-40) es el principal mecanismo de precarización laboral. El citado autor, al igual que Atkinson (2014, pp. 20-24), coinciden en que la flexibilidad opera en cuatro principales esferas o categorías:

- i. La flexibilidad numérica externa, que implica un aumento o disminución en el volumen de empleo de acuerdo con las necesidades de la empresa, así como la posibilidad de contratar y despedir trabajadores con bajos costos.
- ii. La flexibilidad numérica interna, que responde al ajuste de horas de trabajo de los empleados.
- iii. La flexibilidad funcional, que posibilita el cambio de la estructura de la empresa y la transferencia de trabajadores a distintas funciones de la empresa.
- iv. La flexibilidad salarial, que conlleva a la variabilidad del salario en función de la demanda de trabajo.

En este punto, cabe mencionar que las categorías de flexibilización previstas por los autores se terminan agrupando, a nuestro modo de ver, únicamente en dos grandes grupos: la relación entre trabajo y mercado y la organización empresarial.

Debemos entender la flexibilidad laboral como la capacidad de adaptación de la fuerza de trabajo a los cambios económicos. Se deja de lado la rigidez laboral impuesta por instituciones internacionales y nacionales que regulan el mercado laboral, y que impiden la adaptación de la actividad productiva a los cambios económicos.

Si bien parecería que la flexibilidad laboral es la solución para acabar con los problemas relacionados al desempleo, hemos podido evidenciar que los resultados de la evolución de los mercados laborales en América Latina y el Caribe, a mayo de 2019, realizados por la CEPAL<sup>326</sup> (2019, pp. 5-41), reflejan que esto no es así, ya que sigue existiendo una tasa de desempleo muy elevada; además, la mayoría de nuevos empleos que se crean son de mala calidad.

Respecto a la tasa de ocupación urbana de la región, podemos percibir que ha experimentado incrementos y disminuciones en función del periodo de tiempo examinado. Entre 2010 a 2013 la oferta laboral era dinámica y reflejaba una tendencia a la generación de empleo. Esto disminuye sustancialmente entre 2013 y 2015, cuando una gran parte de la fuerza laboral se retira del mercado de trabajo. A partir de 2016 la tasa de ocupación sufre un pequeño aumento, hasta llegar a estabilizarse en 2018.

En cuanto a la generación de empleo asalariado y su calidad, podemos advertir que en 2018 el número de ocupados en el mercado laboral aumentó en un 1,7%; sin embargo

«(...) por sexto año consecutivo el empleo asalariado se expandió menos que el trabajo por cuenta propia —generalmente de peor calidad—, lo que implica un continuo deterioro de la calidad media del trabajo remunerado. En 2018, el trabajo por cuenta propia se expandió un 3,0%; el servicio doméstico, un 1,1%, y el trabajo familiar no remunerado, un 0,4%».

En el caso de Ecuador, este informe ha confirmado que la generación de empleo es insuficiente para satisfacer las necesidades de trabajo e ingresos de las personas trabajadoras. También informa de que la calidad media del empleo se está

---

<sup>326</sup> La CEPAL realiza este estudio en el documento “El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe: antiguas y nuevas formas de empleo y los desafíos para la regulación laboral”, el cual se puede consultar en el siguiente enlace:  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44604/1/S1900309\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44604/1/S1900309_es.pdf)

deteriorando, debido a que el empleo asalariado en el país en 2018 disminuyó. Sin perjuicio de que la evolución del subempleo por horas bajó, lo cierto es que la mayoría de los empleos generados son por cuenta propia, lo que implica una peor calidad en el trabajo.

Como vimos anteriormente, para la OIT y los autores citados uno de los casos más evidentes en los que se produce la precariedad laboral es la descentralización productiva, que se da a través de la subcontratación —en terminología española— o la intermediación o tercerización —terminología ecuatoriana—. Independientemente de la terminología utilizada, ambos sistemas se refieren a la descentralización productiva o *outsourcing*, si utilizamos la variante anglófona.

A continuación, vamos a analizar la figura de la descentralización productiva como el caso icónico y determinante en la incorporación del enriquecimiento injusto en materia laboral en la legislación ecuatoriana, desde la perspectiva de un modelo laboral flexible, y su justificación para transformarlo en un modelo rígido a partir del 2008.

## **5.2. Descentralización productiva como instrumento principal de precariedad laboral**

Una vez que hemos analizado todos los componentes presentes en el art. 327 de la CRE y que analizamos el contexto el contexto histórico, podemos inferir que las políticas de flexibilidad laboral adoptadas antes de la Constitución ecuatoriana del 2008 fueron el fundamento necesario para incorporar la figura del enriquecimiento injusto a la legislación, ya que resulta evidente que otras como la tercerización, la intermediación o la contratación por horas generaron una precarización de la relación laboral que se tradujo en una afectación de carácter patrimonial de los derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras.

Consideramos que el enriquecimiento injusto se incorporó a la legislación laboral como mecanismo para evitar esa precarización, es decir, para reconocer de forma taxativa el principio de que nadie puede enriquecerse injustamente con el trabajo del otro, así como para trasladar el principio general del derecho de que las relaciones jurídicas entre las partes deben ser equitativas en el ámbito del derecho del trabajo, en el que estaban prácticamente olvidadas desde nuestra perspectiva.

Este escenario previo al 2008 no es exclusivo de Ecuador, sino que también lo encontramos claramente en la actualidad en la mayoría de los países del mundo, en

los que la política laboral va siendo relegada por la política económica. Transforma el derecho del trabajo en un derecho económico del trabajo. El Estado reacciona como ente, en ocasiones, con figuras jurídicas que tienen un trasfondo filosófico sustentado en valores universales para equilibrar las relaciones jurídico-laborales entre las partes, sin gran éxito

Para continuar con el análisis resulta necesario estudiar la figura de la descentralización productiva. Haremos énfasis en su origen, definición y las formas en que se producen, así como el papel que tuvo en Ecuador desde su implementación en el año 2004, para así estar en aptitud de confirmar si fue el elemento determinante para la incorporación del enriquecimiento injusto en la legislación laboral.

Desde nuestro punto de vista, la descentralización productiva es el principal instrumento jurídico que permite generar precariedad laboral, ya que es una figura que disminuye sustancialmente derechos básicos de las personas trabajadoras y por ende sus condiciones de vida. Antes de definirla, es importante hacer referencia a los motivos principales que originaron su nacimiento en el aparato jurídico y, en especial, en el ámbito del derecho del trabajo.

La descentralización productiva, según Nores Torres (2014, p.1), Kahale Carrillo (2001, pp. 29-42) y Sempere Navarro (2009, pp. 55-64), es el fruto de la coyuntura y los procesos históricos que han vivido los distintos países, en especial las crisis. A criterio de los autores, las crisis han sido un factor determinante para que se produzcan desregulaciones laborales, en las que se ha pretendido ayudar a las empresas a abaratar costos para que sus productos o servicios sean competitivos.

Afirman que uno de los hitos más importantes para su nacimiento es la crisis que se produjo en Europa en la época de los setenta, y que se alargó hasta la primera mitad de los ochenta, como se mencionó anteriormente, ya que consideran que fue la que marcó el inicio de la transformación de un mercado de trabajo rígido a uno flexible.

Este proceso de flexibilización se generó porque las políticas rígidas eran consideradas como un obstáculo a la creación y el mantenimiento del empleo existente, de manera que se optó por una externalización de la producción capaz de reducir los costos operativos y la externalización de los riesgos.

En este punto debemos tener en cuenta que la mayoría de los países del mundo se desarrollan bajo un modelo de producción capitalista en el que se necesita de capital y

trabajo para su desarrollo. El objetivo de la descentralización productiva en este modelo consiste en la utilización de estrategias empresariales orientadas a obtener el máximo beneficio para el capital y la falta de incidencia del obrero en el proceso productivo.

Desde la perspectiva del capital, siempre se está buscando la reducción de los costes, lo cual tiene una repercusión directa en los derechos laborales, ya que estos son considerados como uno de los costes operativos más altos. No hay que olvidar que, en esta dualidad propia del capitalismo, el capital es considerado como una constante fija, mientras que el salario es considerado como una constante variable.

Esto implica que, dentro del sistema de funcionamiento de una empresa, el salario de la persona trabajadora, al encontrarse al mismo nivel que la materia prima y las herramientas de producción, se cataloga como coste económico, de manera que no es considerado como una prioridad para esta, por lo que se pretenderá, a toda costa, su máxima reducción. Para lograr la reducción del coste económico del salario existen diversos mecanismos, que van desde modalidades de contratación precarias como las temporales hasta políticas públicas para abaratar el despido o rebajar los salarios mínimos legales o pactados en convenio.

Lo expuesto nos lleva a inferir que, para abaratar los costes variables de mano de obra, necesariamente, se tiene que desregularizar o flexibilizar el trabajo, ya que es la medida más directa para maximizar el rendimiento de la empresa, sin que se disminuya la producción.

En este orden de cosas, López Sánchez (2015, pp. 277, 278) establece que existe una relación de género-especie entre la flexibilidad laboral y la descentralización productiva, entendiendo que la primera es el género, al ser más amplio y al encontrarse instrumentalizada a través de la segunda, que es la especie; además, considera que la flexibilidad laboral está basada en la extensión de propuestas neoliberales que buscan la maximización de beneficios, la primacía de la competitividad y la rentabilidad empresarial, por medio de la producción en serie y del uso de obreros escasamente cualificados.

Estos hechos refuerzan nuestra opinión respecto a que la desregulación laboral obedece a la necesidad del mercado, en la que se sacrifica, de manera sistemática, a los derechos de la persona trabajadora, por cuanto la mano de obra es uno de los insumos más caros que tiene el proceso productivo. Ahora bien, debemos tener claro

que el origen de la descentralización productiva no solo se generó como consecuencia de las crisis, sino que también influyó la transición de un modelo fordista-keynesiano a un modelo flexible<sup>327</sup>.

Otro de los aspectos que se debe tener en cuenta al hablar de la descentralización productiva es la posición de las personas trabajadoras. Se puede inferir que el hecho de que se incorpore a la empresa proveedora como un tercer participante de la relación laboral coloca a la persona trabajadora en una posición para negociar más frágil o débil de aquella en la que se encontraba cuando la relación laboral era bilateral.

### **5.3. Una aproximación a la descentralización productiva: utilidades y problemas.**

La descentralización productiva es un mecanismo de organización del trabajo en el que una o varias actividades productivas de la empresa se externaliza, es decir, un tercero, que goza de su propia autonomía y estructura las realiza, a través de un encargo. Esta figura, tal como lo expresa Dolorier Torres y Espinoza Laureano (2008, p.121), es también conocida como *outsourcing*, subcontratación, relaciones triangulares, tercerización, entre otros, y se puede instrumentalizar a través de la suscripción de contratos civiles o mercantiles.

Debemos tener claro que la externalización de la totalidad de los procesos no estratégicos, según la perspectiva sociológica que nos brinda Siebet et al. (2006, p.135), requiere de un análisis cuidadoso para establecer cuáles son aquellos que se pueden externalizar en función de la estrategia de negocio de la empresa. La principal característica de este proceso es que todo el trabajo debe estar desarrollado por la empresa y su proveedor, de manera que se produzca una colaboración que garantice un nivel de servicio adecuado y que permita que se produzca una flexibilidad laboral. El punto principal que hay que considerar es la experticia de los proveedores en las

---

<sup>327</sup> El término *fordista* viene de Henry Ford, quien aparece a comienzos del siglo xx para implementar un proyecto industrial simple que permitiera la fabricación masiva de automóviles. No obstante, para Marsi (2011, p. 143) este modelo es más que un sistema de producción, considera que es un sistema socioeconómico que funcionaba para favorecer a las grandes empresas. El mecanismo para lograr este objetivo consistía en intervenir en los mercados financieros para asegurar el capital necesario para conseguir expansiones; regular las infraestructuras, la sanidad y la educación para reducir los riesgos económicos y así garantizar a las empresas las condiciones ideales para que sus inversiones fueran más rentables; y la regulación de los sindicatos a fin de evitar que se convirtieran en un obstáculo para su crecimiento. Ahora bien, este modelo entró en crisis debido a la disminución en la expansión económica y de la productividad, pero sobre todo con la saturación de los mercados, ya que estos no fueron suficientes para garantizar las ganancias a las grandes empresas.

tareas que desempeñan, de manera que el empresario se pueda concentrar en su actividad empresarial.

En cuanto a los tipos de *outsourcing* o externalización de actividades, Guerra (2002, p.393) considera que existen cuatro principales:

- i. El *business process outsourcing* consiste en la externalización o la subcontratación de procesos internos o externos de la empresa a proveedores tales como la administración de recursos humanos, la contabilidad, las finanzas o la tecnología.
- ii. El *outsourcing* por actividad, en el que se externaliza una actividad concreta que forma parte de un proceso complejo;
- iii. El *offshore outsourcing*, en el cual se externalizan procesos empresariales o desarrollo de *software* a empresas domiciliadas en países extranjeros donde la mano de obra sea más barata o exista un cambio de divisas que generen ahorro para la empresa usuaria.
- iv. El *business process management* o *outsourcing* estratégico, que permite la externalización a largo plazo de estrategias productivas, comerciales, *marketing*, logística, tecnológico, de la empresa usuaria.

Los tipos de *outsourcings* explicados nos reflejan que existen, en general, dos grandes tipos de actividades que se pueden externalizar: aquellas que son propias del proceso productivo de la empresa y las que son ajenas al proceso productivo de la empresa. Desde nuestro punto de vista, este es el elemento a partir del cual se construyó la regulación jurídica de la descentralización productiva tanto en España como en Ecuador. En el caso de España, a este elemento se le denomina *propia actividad*. Debido a su importancia, le hemos dedicado un epígrafe especial más adelante, en el que lo estudiaremos en profundidad.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> Sin perjuicio de esto, únicamente para dotar de contexto al tema en análisis, queremos señalar que las formas en las que se puede llevar a cabo la descentralización productiva depende de la regulación adoptada por cada país. En el caso de España, esta se instrumentaliza, principalmente, a través de contrataciones, subcontratas y empresas de trabajo temporal; mientras que en Ecuador, el régimen de descentralización productiva debe ser analizado en dos periodos distintos. El primero que inicia en 1998 y culmina en el 2006 cuando la descentralización productiva estaba instrumentalizada a través de la intermediación laboral, la tercerización de actividades complementarias y la contratación por horas; y, un segundo periodo comprendido entre 2008 hasta la actualidad en el que la descentralización productiva se encuentra instrumentalizada únicamente a través de la contratación de servicios complementarios. Estas formas serán estudiadas en los próximos apartados.

En cuanto a las características propias de la externalización de actividades, debemos referirnos al criterio de García-Moreno Gonzalo (2002, pp. 51-54), quien considera como una de las principales la transformación en la organización de la actividad empresarial, ya que, si una empresa desarrolla por sí misma todas las actividades, estas deberían ser ejecutadas por personal ubicado en el interior de sus instalaciones, que se encuentren bajo la constante y absoluta vigilancia, supervisión y control de la persona titular de la empresa, de manera que el vínculo jurídico que los une es el de una relación laboral protegida por una legislación más proteccionista con la persona trabajadora.

A nuestro criterio, cuando una empresa opta por la descentralización productiva, debe cambiar su organización y tener en cuenta dos escenarios: el primero consistiría en que la empresa para el desempeño de aquellas actividades que desea descentralizar busque a personas externas, consideradas como empresarios, para que las ejecuten, de manera que su vinculación jurídica será exclusivamente mercantil; el segundo sería que para aquellas actividades que siga desempeñando por cuenta propia continúe manteniendo una relación laboral con sus trabajadores. Por lo tanto, en una empresa es perfectamente posible la coexistencia de ambos regímenes: el laboral para aquellas actividades que continúe realizando por sí misma; y el mercantil, para aquellas que haya decidido descentralizar.

Es importante aclarar que la descentralización productiva afecta al área de producción que la empresa elija, sin que esto signifique una descentralización total de actividades.

Tal y como se expuso anteriormente, con el criterio de la doctrina laboralista, el beneficio de optar por el *outsourcing* consiste en el ahorro en los costes de carácter técnicos y humanos para la empresa contratante; sin embargo, esto también puede generar una pérdida de control en el desarrollo y la ejecución de las actividades descentralizadas.

Las características expuestas anteriormente reflejan que a través de la descentralización productiva se genera una relación jurídico-económica entre las dos empresas participantes, usuaria y proveedora, que tiene ventajas con respecto a la reducción de costes, pero también puede generar desventajas por la pérdida del control del proceso productivo.

La descentralización productiva ha sido concebida como un mecanismo para que las empresas sean más competitivas a través de una mejor reacción a los mercados, más



eficientes en sus ciclos de producción y en su administración, así como la reducción de los costes laborales. Este último se ha convertido en el elemento más visible, debido al uso indiscriminado de estas figuras.

Las repercusiones que la descentralización productiva ha tenido en el ámbito laboral han sido principalmente en la restricción y la disminución de los derechos laborales, de los cuales el más importante es el salario. Esto, desde nuestro punto de vista, desnaturaliza la protección social que brinda el salario y deja de lado la función social del trabajo como fuente de realización personal y familiar para la persona trabajadora; por el contrario, lo convierte en un insumo más de la cadena productiva.

El hecho de considerar que el trabajo es un insumo de la cadena productiva, a nuestro criterio, reduce la calidad del trabajo a una mercancía, pese a que teóricamente está prohibido. De la misma manera, que exista un cierto grupo de trabajadores que tiene condiciones de seguridad y estabilidad laboral, y al mismo tiempo existen trabajadores en situación de precariedad laboral, nos lleva a pensar que existen categorías marcadas respecto a trabajadores considerados de primera categoría frente a otros que serían trabajadores de segunda, lo que en sí mismo generaría una desigualdad en los derechos de las personas trabajadoras.

Por una parte, podríamos catalogar como personas trabajadoras de primera categoría a aquellas que estén en una relación laboral bilateral y directa, en la que su relación jurídica estaría amparada por un contrato de trabajo que les garantiza el goce de la mayoría de los derechos reconocidos en la legislación. Mientras, se podrían considerar trabajadores de segunda categoría a aquellos que se encuentran bajo un régimen de *outsourcing*, es decir, que no tienen una vinculación directa con la empresa usuaria, sino únicamente con la empresa proveedora.

Uno de los principales problemas que sufren las personas trabajadoras bajo el régimen de descentralización, para Morgado Valenzuela (2013, pp. 293-300), consiste en la disminución de las condiciones contractuales, que se evidencia en la disparidad de las remuneraciones, las condiciones de trabajo, las prestaciones sociales, la limitación del derecho colectivo de sindicación y de negociación colectiva, lo que marca una diferencia con las personas trabajadoras propios de la empresa principal o usuaria. Se genera así una discriminación laboral.

Esta discriminación laboral se refleja en la disminución de las condiciones de trabajo, es decir, en sus derechos laborales de carácter patrimonial como en el caso del

salario, el que puede ser cuantificable a nivel económico, de manera que podríamos afirmar que esta precarización laboral genera un desequilibrio en la relación jurídica que trae como consecuencia un perjuicio patrimonial, lo que a grandes rasgos configura un enriquecimiento injusto.

Es importante mencionar que estas políticas de flexibilización no podrían encuadrarse dentro de un enriquecimiento sin causa, ya que existe un ordenamiento jurídico que regula su existencia y su aplicación. Pero sí podríamos hablar de un enriquecimiento injusto desde la perspectiva filosófica, del *deber ser*, o como principio general del derecho, en el que la descentralización productiva sea utilizada de manera temporal y con ciertas limitaciones en cuanto a su ámbito de aplicación, para que, una vez que la empresa haya conseguido maximizar su rendimiento, establezca una relación laboral directa, ya que estaría en capacidad de afrontar todos los derechos exigidos por la ley.

Debemos destacar también que, por la propia naturaleza de la descentralización productiva como una figura triangular, cualquier perjuicio económico o ahorro injustificado que se esté generando en perjuicio del patrimonio de la persona trabajadora y en beneficio de cualquiera de las dos empresas estaría enmarcándose en el enriquecimiento injusto indirecto<sup>329</sup>.

La regulación en materia de externalización de actividades es propiamente nacional, carece de una norma internacional aplicable. En la opinión de Martín Arribas (2002, pp. 257–260), la implementación de una regulación internacional establecería un límite para eliminar aquellas zonas del planeta en la que no se respeten o se reconozcan derechos laborales mínimos o imprescindibles, como en la mayoría de los países de África y Asia<sup>330</sup>, en los cuales el trabajo infantil y la explotación de las mujeres es habitual en los supuestos de descentralización. Ahora bien, la normativa internacional, si existiera, podría cumplir su propósito, únicamente, si los Estados en su derecho interno lo adoptaran así.

---

<sup>329</sup> De la misma manera, García-Moreno Gonzalo (2002, p.54) nos llama la atención sobre en qué se debe diferenciar si la implementación del *outsourcing* efectivamente responde a una verdadera necesidad organizativa de la empresa o si está pensada por la persona titular de la empresa para evadir las consecuencias jurídicas y económicas que implica tener al personal bajo una relación laboral. El criterio sostenido por el autor a este respecto tiene dos vertientes: la primera de carácter objetivo, en cuanto a la necesidad organizativa de la empresa; la segunda, de carácter subjetivo, respecto a la intención de la persona titular de la empresa de implementarlo para evadir responsabilidades laborales o económicas. Desde nuestro punto de vista, la implementación del *outsourcing* debe responder únicamente a un carácter objetivo, en el que la regulación normativa sea la encargada de fijar adecuadamente los parámetros de su aplicación y a la vez establecer mecanismos de control efectivos que permitan su correcto uso y aplicación, a fin de evitar que se cometa fraude o simulación.

<sup>330</sup> Según el informe “Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allonar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes “ elaborado por la OIT en junio de 2015.

Así, la OIT, pese a haber realizado esfuerzos para conseguir un convenio o recomendación al respecto, aún no ha podido lograrlo. El único intento formal se dio a raíz de la 85ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997, en la que se preparó el Informe VI (1) respecto al trabajo en régimen de subcontratación que contenía un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación, para la revisión de los Estados miembros.

El proyecto de convenio concibió el régimen de subcontratación de tres formas:

- i. Una relación bilateral directa entre la empresa usuaria y la persona trabajadora, sin que estuviera amparada por un contrato de trabajo.
- ii. Una relación triangular entre la empresa usuaria, la persona trabajadora y la subcontratista, sin que se especifique quién es la empleadora o si esa relación estaría amparada por un contrato de trabajo.
- iii. Una relación triangular en la que la subcontratista es sustituida por una intermediaria con la que la persona trabajadora no está vinculada por un contrato de trabajo.

En todas las formas previstas, la persona trabajadora prestaba sus servicios en condiciones de dependencia o subordinación hacia la empresa usuaria.

Los gobiernos de los Estados miembros tomaron posturas muy claras respecto a esta propuesta y enviaron sus observaciones. En el caso de España, se remitieron a la normativa interna, en la que se pretendió demostrar que la regulación establecía que la empresa contratista respondía de la realización de un obra o de la prestación de un servicio, así como que el objeto del contrato es el resultado del trabajo. Así mismo, consideraron que sería preferible definir el trabajo en régimen de subcontratación como aquel que se realiza con intervención de uno o varios de los elementos que caracterizan la relación laboral, en lugar de centrarse en las cuestiones de la dependencia y la subordinación. Esta puntualización se realizó porque el Estado español consideraba que tanto el texto del convenio como de la recomendación propuestos por la OIT creaban una tercera categoría de trabajadores.

En este sentido, su principal crítica se centraba en el concepto de *trabajo en régimen de subcontratación*, ya que manifestaron que no aportaba claridad ni constituía un concepto fundamental, aunado a que las personas trabajadoras en régimen de subcontratación también disfrutaban de un nivel de protección similar al de los demás trabajadores.

Por otra parte, las observaciones que realizó el Estado ecuatoriano estaban encaminadas a expresar que el país se encontraba en una postura abierta para la regulación de este régimen de descentralización; sin embargo, se consideró que la expresión trabajo en régimen de subcontratación era ambigua y se prestaba a confusión con la definición de trabajo o de relación laboral de carácter general, prevista en la legislación ecuatoriana.

De la misma manera, se sugirió utilizar la expresión *contrato de trabajo debidamente legalizado* cuando se tratase de aquel contrato celebrado entre el titular de la empresa y la persona trabajadora directamente, a fin de clarificar su significado. Hay que tener en cuenta que la intervención de Ecuador en este momento era posible, ya que en el año 1997 el ordenamiento jurídico permitía el uso de estas figuras, de manera que si la OIT actualmente quisiera proponer un nuevo proyecto de convenio, el Ecuador no podría firmarlo y ratificarlo, ya que existe una prohibición constitucional, que se explicará en profundidad más adelante, respecto a realizar cualquier actividad de descentralización productiva.

Una vez que la OIT recibió los documentos enviados por los Estados miembros, concluyó que ciertas definiciones sustanciales del proyecto de convenio y recomendación, tales como la del trabajo en régimen de subcontratación, eran interpretadas y entendidas de manera diferente, además de las posturas contrapuestas que tenían los empleadores y las personas trabajadoras respecto a la adopción de estos instrumentos. Y no salió adelante.

Por lo tanto, queda claro, como sostiene Bronstein (1999, p. 5), que la subcontratación laboral es un fenómeno difícil de abarcar jurídicamente en un solo concepto, ya que asume modalidades y denominaciones diferentes en los distintos países, lo cual explicaría en cierta medida la razón por la que no se pudo adoptar un convenio internacional.

Aunque no exista un instrumento internacional que fije parámetros para la aplicación del *outsourcing*, lo cierto es que existen diversos convenios y recomendaciones dictados por la OIT que resultan aplicables, específicamente en la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, como nos recuerda Burriel Rodríguez-Diosdado (2014, pp. 219-222).

En primer lugar, encontramos el Convenio n.º 155 de 22 de junio de 1981<sup>331</sup> sobre seguridad, salud de las personas trabajadoras y medio ambiente de trabajo, cuyo principal objetivo es crear una política nacional para prevenir los accidentes y los daños para la salud como consecuencia del trabajo o que guarden relación con la actividad laboral, así como para reducir los riesgos propios del ambiente de trabajo.

El art. 17 de este Convenio establece como medida preventiva que «(...) siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente convenio». La redacción de esta disposición nos permite inferir que, pese a que el convenio no se refiere de manera expresa al *outsourcing*, lo cierto es que estos supuestos quedarían incluidos, en la medida en que el deber impuesto es para todos los supuestos en los que se dé una presencia simultánea, en el mismo lugar de trabajo, de varias empresas.

En este mismo instrumento, específicamente en el art. 3 c), se define al lugar de trabajo como «(...) todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o donde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador», esto es, las instalaciones, entendidas como el espacio físico, en las cuales una persona trabajadora desempeñe sus actividades, siempre que la persona titular de la empresa pueda ejercer un control de la actividad».

En segundo lugar, encontramos con la Recomendación n.º 164 de 22 junio 1981<sup>332</sup>, que complementa el Convenio n.º 155, el cual detalla específicamente las obligaciones de colaboración empresarial en la adopción de las medidas de seguridad y salud. Es importante destacar que el art. 11<sup>333</sup> pretende desarrollar el art. 17 citado anteriormente. Su explicación sea genérica, pero hace referencia a dos elementos importantes: el primero, respecto a que la colaboración entre estas empresas no debe afectar a la responsabilidad, por lo que la prevención de riesgos laborales recae sobre cada una de ellas; el segundo respecto a que la autoridad competente deberá

---

<sup>331</sup> Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981. Este Convenio fue firmado pero no ha sido ratificado por Ecuador y España lo ratificó el 11 de Septiembre de 1985.

<sup>332</sup> Adoptada en Ginebra el 22 de junio de 1981.

<sup>333</sup> Se reproduce el contenido textual del art. por su importancia en el tema. Art. 11: "(...) cuando dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, deberían colaborar en la aplicación de las medidas relativas a la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada empresa por la salud y la seguridad de sus propios trabajadores. En casos apropiados, la autoridad o autoridades competentes deberían prescribir las modalidades generales de tal colaboración."

prescribir las modalidades generales de tal colaboración, sin que se especifique los supuestos en los que procede ni qué se entiende por estas modalidades generales.

En la materia que nos compete, el análisis de estos instrumentos debe circunscribirse, únicamente, al supuesto de que coexistan dos o más empleadores en un mismo lugar de trabajo. Si se utiliza en el interior de una empresa el mecanismo de la descentralización productiva, es evidente que van a coexistir dos empleadores (empresa usuaria y empresa proveedora) en las instalaciones de la empresa, de manera que ambos deberán garantizar que sus trabajadores desempeñen sus actividades en óptimo ambiente de higiene y seguridad.

No obstante, puede darse el caso de que esta descentralización productiva no implique la coexistencia de las empresas en un mismo lugar de trabajo, como en las actividades de contabilidad o llamadas de atención al cliente, en las que no pueden no coincidir en la empresa o en el mismo país, de manera que los deberes previstos en estos instrumentos no podrían ser aplicables. Por ello, depende de la circunstancia en que se realice la descentralización productiva para que se pueda determinar la aplicabilidad de estos instrumentos internacionales, que como hemos indicado no cubren el fenómeno en su totalidad.

#### **5.4. Descentralización productiva en Ecuador**

El análisis de la descentralización productiva en Ecuador debe ser abordado en dos periodos distintos: el primero se inicia en 1998 y culmina antes del 2008, cuando la descentralización productiva estaba instrumentalizada a través de la intermediación laboral, la tercerización de actividades complementarias y la contratación por horas; el segundo periodo, comprendido entre el 2008 hasta la actualidad, en el que la descentralización productiva se encuentra instrumentalizada únicamente a través de la contratación de servicios complementarios.

Los periodos señalados se han dividido de esta manera debido a que la CRE de 20 de octubre de 2008 produjo un cambio sustancial respecto a la legalidad y a la procedencia de la descentralización productiva: antes de su promulgación la descentralización productiva tenía un ámbito de aplicación muy extenso, pero después quedó totalmente prohibida a excepción de la contratación de servicios complementarios.

Por ello, hemos querido dividir el análisis de este asunto en tres apartados: el primero, para analizar el régimen jurídico vigente hasta el 2008, en el que nos centraremos en estudiar la procedencia y aplicación de las diversas figuras de descentralización productiva, así como los problemas que ocasionaron; en el segundo analizaremos los cambios que se dieron a raíz de la CRE de 2008; en el tercero veremos cuál es el régimen jurídico vigente respecto a las figuras de descentralización productiva.

Además, buscaremos determinar si existió algún tipo de mejoría en el empleo o qué resultados se obtuvieron con el cambio, con la finalidad de determinar si los cambios generados fueron suficientes para que el enriquecimiento injusto sea aplicable en casos puntuales o si es necesario generar algún tipo de reforma adicional que permita su aplicación.

Al principio de este capítulo dijimos que la estructura había sido concebida para que el análisis se centrara, especialmente, en la legislación ecuatoriana. También sostuvimos que estudiaríamos ciertos elementos presentes en la legislación española que ayudarían a entender esta figura. Hemos detectado que existen dos aspectos fundamentales que se deben analizar: el concepto de *propia actividad* y la cesión ilegal de trabajadores. Estos elementos aportan un contenido sustancial al estudio de este capítulo, ya que consideramos que estos no se encuentran desarrollados con claridad y profundidad en la legislación ecuatoriana, por lo que podrían ser considerados para una posterior reforma legislativa, avanzando así una de nuestras conclusiones.

#### **5.4.1. Principales figuras antes de la Constitución del 2008**

Las figuras de la descentralización productiva que se utilizaban en el Ecuador antes de la Constitución del 2008 eran tres: la tercerización, la intermediación y la contratación por horas. En este epígrafe únicamente estudiaremos las dos primeras, ya que en el capítulo IV, apartado 4.1.2.1.1.1.<sup>334</sup>, nos referimos a esta última, la contratación por horas, dentro de la simulación de los contratos de trabajo<sup>335</sup>.

Por lo que respecta a la intermediación y a la tercerización de actividades en Ecuador, como se mencionó anteriormente, su regulación fue evolucionando desde 1998,

---

<sup>334</sup> Este apartado se encuentra desarrollado en las páginas 281-286 de esta tesis.

<sup>335</sup> Una vez que analizamos la figura de la contratación por horas llegamos a la conclusión de que era un mecanismo utilizado por las empresas para hacer un fraude de ley- En la contratación por horas que genera un fraude a la ley estamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que dicha relación jurídica no está sustentado ni regulado por ninguna ley, y por el contrario es un hecho que transgrede el ordenamiento jurídico.

cuando se incorporaron por primera vez, a través del reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocación de 23 de marzo de 1998, pasando por el Decreto n.º 2166. No obstante, esta regulación no fue del todo insuficiente, lo que generó la necesidad de que se realizara una reforma legislativa, que vio la luz el 30 de mayo de 2006, con la promulgación de la LRCTRILT<sup>336</sup>.

La LRCTRILT previó que la descentralización productiva se podía dar a través de dos figuras, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, en los términos que a continuación desarrollamos.

#### **5.4.1.1. Intermediación laboral**

La intermediación laboral estaba definida en el art. 1 a) de la mencionada ley como: «(...) 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». A partir de esta definición se desprende que la empleadora era la empresa intermediaria, mientras que la usuaria era la beneficiaria del trabajo y la llamada a delimitar las tareas y ejercer la supervisión de estas, sin que esto implicara una dependencia laboral.

La característica principal de esta figura consistía en construir una relación jurídica triangular entre la empresa prestadora, la empresa usuaria y la persona trabajadora, de manera que el vínculo jurídico que existía entre la empresa prestadora y usuaria se daba a través de un contrato mercantil de intermediación laboral. El objeto de este contrato mercantil consistía en el suministro de personal, para que prestase sus servicios a favor de la usuaria.

El único límite establecido en el art. 16 de la LRCTRILT era que las empresas participantes no podían entre sí ser matrices, filiales, subsidiarias, ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo.

La empresa intermediaria podía ser una persona natural o jurídica. Para el caso de las personas jurídicas, la legislación imponía la obligación de cumplir con dos requisitos esenciales para su funcionamiento. De acuerdo con el art. 5 de la LRCTRILT, el primero consistía en tener un objeto social único, que debía estar circunscrito a la colaboración que otorgaba la intermediadora con su personal para la producción que

---

<sup>336</sup> La regulación de la descentralización productiva se podía encontrar a partir del art. 346 del CT vigente entre el 2006 y el 2008.



desempeñaba la usuaria; el segundo, obtener una autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Trabajo.

Una de las principales características de la intermediación laboral es la que se encontraba presente en el primer párrafo del art. 8 de la mencionada ley, que textualmente decía: «(...) Se podrá recurrir a la intermediación laboral para todas las actividades de la usuaria, bajo las modalidades de contratación de plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios».

De esta transcripción podemos advertir dos elementos interesantes: el primero, que consiste en que la empresa usuaria podía utilizar esta modalidad de contratación para cualquier tipo de actividad que realizara, ya sea esta propia o no de su actividad comercial, lo que, como se verá más adelante, suponía una diferencia básica con la regulación española de subcontratación.

El art. 9 de la LRCTRILT estableció como único límite para la intermediación laboral la prohibición para contratar a personas trabajadoras bajo esta modalidad en cinco supuestos: para sustituir personas trabajadoras en huelga; para la realización de trabajos peligrosos para la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, siempre que no tengan un reglamento de higiene y seguridad aprobado por el Ministerio del Trabajo; para cambiar la modalidad de una persona trabajadora estable y permanente a intermediada; para rotar personas trabajadoras entre compañías intermediadas que presten servicios de intermediación laboral a una usuaria; y para realizar actividades de representación de la usuaria<sup>337</sup>.

Desde nuestro punto de vista, estas prohibiciones no tienen ninguna relación con la actividad productiva de la usuaria, sino que han sido pensadas para situaciones concretas y poco comunes, en las que se trata de preservar los derechos de las personas trabajadoras. Por ejemplo, en el primer supuesto se impuso la prohibición de contratar personas trabajadoras intermediadas para reemplazar a aquellas que se han declarado en huelga, lo que obligaba a enfrentar el conflicto colectivo para reactivar operaciones. A nuestro criterio, esto garantizaba que el titular de la empresa no evadiera la obligación de resolver el conflicto colectivo, debido a que su producción no se veía afectada.

---

<sup>337</sup> Los representantes de la empleadora según el art. 36 del CT son los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común.

El segundo, en el que el propio texto de la ley reconoció que las modalidades contractuales de plazo fijo, ocasional<sup>338</sup>, eventual<sup>339</sup> y por horas, eran precarias. No obstante, estas eran las modalidades que se debían aplicar para instrumentalizar la intermediación laboral. Aunque lo desarrollaremos en profundidad más adelante, debemos mencionar ahora que actualmente el contrato a plazo fijo y el contrato por horas han sido eliminados del ordenamiento jurídico ecuatoriano, mientras que el contrato ocasional y el contrato eventual fueron modificados en el valor del salario, el cual tiene un incremento del 35% más que el valor hora del salario básico del sector al que corresponda.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 8 de la LRCTRILT establecía que el número máximo de personas trabajadoras que la usuaria podía mantener bajo intermediación laboral no podía superar el 50% del total del personal requerido para su operación y funcionamiento.

Desde nuestro punto de vista, imponer un límite porcentual respecto al número de personas trabajadoras que podían estar bajo el régimen de intermediación laboral es correcto; no obstante, creemos que este límite debió ser menor, en la medida en que, como veremos más adelante, este tipo de descentralización productiva estaba concebida para convertirse en un mecanismo de subrogación de la empleadora.

Consideramos que permitir que el 50% de la empresa usuaria estuviera conformada por personas trabajadoras intermediadas era solamente una forma para evitar asumir las obligaciones laborales al máximo. Además, como veremos más adelante, la intermediación laboral carecía de un sustento técnico o jurídico que justificara su implementación, únicamente tenía la voluntad de la empresa usuaria de descentralizar a la mitad de su personal, sin importar la actividad que realizasen.

---

<sup>338</sup> Los contratos ocasionales según el art. 17 del CT son aquellos que se realizan para atender necesidad urgentes de la empresa, y cuya duración no puede exceder de los 30 días en un año. Ahora bien, con la promulgación del Código de la Producción, Comercio e Inversiones del 16 de diciembre de 2010 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 del 29 de diciembre de 2010, se estableció que el sueldo que recibirían las personas trabajadoras contratadas bajo esta modalidad iba a ser de un 35% más que el valor hora del salario básico del sector al que correspondiera.

<sup>339</sup> Los contratos eventuales según el art. 17 del CT son aquellos que se realizan para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales de la empresa, los que no podrán tener una duración mayor de 180 días continuos o discontinuos en un año. Ahora bien, con la promulgación del Código de la Producción, Comercio e Inversiones del 16 de diciembre de 2010 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 del 29 de diciembre de 2010, se estableció que el sueldo que recibirían las personas trabajadoras contratadas bajo esta modalidad iba a ser de un 35% más que el valor hora del salario básico del sector al que correspondiera.

Las características que tenía la relación jurídica que existía entre la empresa prestadora con las personas trabajadoras podría resumirse de la siguiente manera:

- i. La vinculación jurídica se daba por medio de un contrato laboral cuyo tiempo de duración estaba supeditado al contrato mercantil. (art. 7)
- ii. La extinción del contrato laboral estaba ligada a la terminación del contrato mercantil de intermediación. Esto no afectaba a los contratos por plazo fijo o los de tiempo indefinido que tuvieran estos trabajadores con la empresa intermediaria. (art. 7)
- iii. El poder de dirección respecto a las personas trabajadoras lo tenía la empresa usuaria. (art.13)
- iv. Las sanciones a las personas trabajadoras por faltas cometidas en el desempeño de sus labores no podían ser impuestas directamente por la usuaria. (art. 14)
- v. Las actividades se desempeñaban en las instalaciones de la usuaria. (art. 15)
- vi. La propia LRCTRILT hacía referencia a que las personas trabajadoras que prestaran sus servicios a empresas de intermediación laboral gozarían de todos los derechos previstos en la ley. (art. 15)
- vii. Los derechos específicos de las personas trabajadoras se extendían a la facultad de hacer uso de los medios de transporte, así como de las instalaciones y servicios de la usuaria tales como comedores, atención médica y otros que se encontraran a disposición de las demás personas trabajadoras de la empresa usuaria. (art. 15.1)
- viii. La persona trabajadora involucrada en la intermediación laboral podía ser contratada directamente por la usuaria, de manera que cualquier cláusula tendiente a prohibir esta facultad conllevaba una sanción de nulidad. (art. 15.2)
- ix. Las empresas intermediarias tenían la prohibición de cobrar a la persona trabajadora cualquier cantidad de dinero por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación. (art. 16.1)
- x. A la empresa intermediaria le estaba prohibido otorgar cualquier préstamo a la usuaria, sin importar el concepto. (art. 16.2)
- xi. La empresa intermediaria tenía la obligación de entregar a la persona trabajadora el valor total del salario entregado por la usuaria, que en ningún caso podía ser inferior al salario básico unificado. (art. 16.3)

- xii. La empresa intermediaria debía garantizar el cumplimiento del contrato de suministro de personal, así como de todos los derechos laborales de la persona trabajadora. (art. 16.5)
- xiii. La empresa usuaria estaba obligada a proporcionar el equipo necesario para el ejercicio de sus actividades, así como a informar sobre los riesgos derivados del trabajo. Por ello, como requisito previo a la suscripción del contrato mercantil de intermediación, la usuaria debía entregar el reglamento interno de trabajo y el reglamento de higiene y seguridad debidamente aprobados por el Ministerio del Trabajo. (art. 19)
- xiv. La persona trabajadora estaba facultada a presentar reclamaciones directamente ante la empresa usuaria por las condiciones de ejecución de la actividad, y también a la intermediaria. (art. 20)
- xv. La responsabilidad solidaria se establecía para que la persona trabajadora intermediada pudiera reclamar sus derechos a los representantes legales y administradores de la empresa intermediaria o de la usuaria, para que respondieran por los derechos que representaban y por sus propios derechos. La usuaria ejercía el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por esta a nombre de la intermediaria laboral, por efecto de la responsabilidad solidaria. (art. 19)

Las características expuestas nos llevan a concluir que la intermediación laboral no atendía a ninguna necesidad concreta, económica o de producción de la empresa que justificara la contratación de personal en esta modalidad más allá de las que ya estaban contempladas en la ley. Se permitía su utilización, prácticamente, sin límite y se producía simplemente un traslado de empleadora de la empresa usuaria a la intermediaria.

Si bien en la LRCTRILT se establecía, como hemos indicado, que las personas trabajadoras bajo esta modalidad gozarían de todos los derechos previstos por el ordenamiento legal ecuatoriano, lo cierto es que esta modalidad contractual no permitía tener acceso a los siguientes derechos. En primer lugar, de conformidad con el art. 11 de la LRCTRILT, las personas trabajadoras de las empresas intermediarias no podían tener participación en las utilidades de la empresa usuaria, a menos que estas fueran mayores a las de la intermediaria. En segundo lugar, las personas trabajadoras no adquirirían antigüedad con la empresa usuaria, pero sí con la intermediaria, por ser con quien tenía el vínculo jurídico, nacido del contrato de trabajo.

En lo que respecta a los demás problemas que presentaba esta figura, debemos centrarnos principalmente en tres: la rotación de personal entre empresas intermediarias, la responsabilidad solidaria y el régimen disciplinario.

La rotación de personal, según Jarrín Bermeo (2010, p.43), era uno de los problemas más recurrentes, ya que las empresas intermediarias, antes que la persona trabajadora pudiera cumplir un año de trabajo, las cambiaba de empresa intermediaria empleadora, parte del mismo grupo, en la que no importaba si la persona trabajadora llevaba cinco o seis años trabajando en las instalaciones de la usuaria, su empleadora variaba constantemente. Esto, a criterio de la autora, generaba la evasión de ciertas obligaciones laborales, tales como el pago de fondos de reserva<sup>340</sup>, así como el acceder a formar parte de una organización sindical. No obstante, para las personas trabajadoras esta constante rotación generaba incertidumbre e inseguridad respecto a quién tenía la obligación de cumplir con sus obligaciones laborales.

Este problema fue tan recurrente que la CNJ, en la Sentencia de 15 de noviembre de 2010<sup>341</sup>, resolvió fijar la doctrina, que consistía en que aquellas empresas intermediarias, por razones sociales diversas, en las que se produjera una rotación constante de personas trabajadoras tendrían la obligación de cumplir con los derechos de las personas trabajadoras, de forma directa, sin perjuicio de que las usuarias también tuvieran una responsabilidad solidaria.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, debemos tener claro que consiste en la facultad que tienen las personas trabajadoras de demandar el cumplimiento de sus derechos, tanto de su empleadora como de quien se beneficia de la prestación de sus servicios, por lo que existen tres aspectos que se deben analizar.

El primero es la responsabilidad frente a las personas trabajadoras propias o ajenas. Según Del Buen (2010, p.606), consiste en la obligación que tiene una empresa intermediaria o beneficiaria frente a los derechos laborales que no le hayan sido reconocidos a la persona trabajadora, cuyo principal objetivo es evitar que esta quede vulnerable o desprotegida.

El segundo es la responsabilidad frente a terceros dependientes del trabajador, que surge al producirse el fallecimiento o incapacidad de la persona trabajadora, en cuyo

---

<sup>340</sup> Los fondos de reserva es un derecho pecuniario que adquieren las personas trabajadoras al cumplir un año de servicio para la misma empresa

<sup>341</sup> SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral, 15 de noviembre de 2010, R. de casación No. 243/2008, Ponente: Jorge Pallares Rivera, publicado en el Registro Oficial No. 41 de 21 de agosto de 2013.

caso serán los legítimos beneficiarios su cónyuge o descendientes, quienes están legitimados a exigir a la empresa empleadora o a la empresa beneficiaria el reconocimiento y el resarcimiento que le corresponden de acuerdo con el CT.

El tercero es la responsabilidad administrativa que existe ante los órganos de control, tales como el Ministerio del Trabajo o el IESS, respecto al cumplimiento de las obligaciones legales con las personas trabajadoras.

La responsabilidad solidaria que previó entre la empresa usuaria e intermediaria trajo como consecuencia un problema recurrente, ya que, según Arturo de Diego (2000, p.128), la usuaria le pagaba a la intermediaria el salario, las bonificaciones, las vacaciones e inclusive la liquidación de la persona trabajadora, más el valor por el servicio de intermediación. Si un trabajador demandaba a la usuaria por el incumplimiento de cualquiera de estos derechos, esta estaba obligada a pagar nuevamente el valor que ya le había entregado a la intermediaria, lo que generó que muchas empresas intermediarias abusaran de la responsabilidad solidaria, porque sabían que la usuaria estaba obligada a cumplir con las personas trabajadoras. El hecho de que la usuaria se viera obligada, por medio de sentencia de órgano judicial competente, a pagar los valores adeudados a las personas trabajadoras, generaba una subrogación de acreedor con la intermediaria.

En este sentido, la CSJ, en la Sentencia de 11 de febrero de 2004<sup>342</sup>, estableció que el fundamento de la responsabilidad solidaria nace del beneficio que obtiene la empresa usuaria del trabajo realizado por la persona trabajadora. Por ello, su razonamiento se funda en que: «(...) sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario».

Desde nuestro punto de vista, el criterio sostenido por la Corte es acertado, en la medida en que la extensión de la responsabilidad de la empleadora es un mecanismo para evitar el detrimento de los derechos de la persona trabajadora, unido al hecho de que la empresa usuaria es quien se ha beneficiado de su trabajo. Pero el hecho de que se haya reconocido este tipo de responsabilidad no es suficiente para eliminar la

---

<sup>342</sup> SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 11 de febrero de 2004, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. p. 4334.

precarización de las condiciones, ya que la falta de estabilidad seguía siendo una constante para este medio de contratación.

Por último, el régimen disciplinario fue otro problema latente, ya que se dejó de lado la posibilidad de seguir procesos de despidos legales a través de visto bueno, por cuanto la modalidad contractual entre la intermediaria y la persona trabajadora se instrumentalizaba a través de contratos a plazo fijo, en los que después de 1 o de 2 años se notificaba su terminación, y no generaba la obligación de pago de indemnizaciones, lo cual también permitía eliminar la estabilidad.

Estos elementos nos llevan a una primera conclusión: la intermediación laboral no era un régimen jurídico que estuviera sustentado en necesidades objetivas de la empresa, de manera que podía ser aplicado para subrogar a la empresa empleadora de sus obligaciones laborales. Además, resulta un empleo inseguro para las personas trabajadoras, debido a la falta de claridad respecto a quién era su empleadora, de manera que se tenía que recurrir a procesos judiciales para poder reclamar los derechos adeudados.

De la misma manera, la duración de sus contratos era en su mayoría a plazo fijo y la duración estaba supeditada a la vigencia del contrato civil suscrito entre la empresa usuaria y la empresa intermediaria, así como en la rotación constante de empleadora, lo cual no permitía tener acceso a los derechos ya enunciados.

Una vez que hemos analizado la regulación jurídica de la figura, debemos revisar el impacto que tenía en la tasa de empleo y en la calidad de este, ya que, como vimos anteriormente, la descentralización productiva se había pensado como un mecanismo que podía ayudar a incrementar la tasa de empleo.

El INEC, en el documento denominado Análisis y Proyección de la Población Económicamente Activa (PEA) del Ecuador<sup>343</sup> (2016, pp. 30-45), muestra la evolución de la ocupación urbana de la PEA, en la que vemos que el porcentaje de empleo pleno entre el 2000 y el 2005 se mantiene constante entre un 30 y 36%, el subempleo o la informalidad tiene un rango de 40 a 42% y el desempleo estaba en el rango de 8 al 12%. Estos datos nos reflejan que la descentralización productiva en el Ecuador no fue una fuente de generación de empleo pleno y tampoco eliminó el subempleo, ya que

---

<sup>343</sup> Este documento se puede consultar en el siguiente enlace:  
[https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios\\_Socio-demograficos/Analisis%20y%20Proyeccion%20de%20la%20Poblacion%20Economicamente%20Activa%20\(PEA\)%20del%20Ecuador.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Socio-demograficos/Analisis%20y%20Proyeccion%20de%20la%20Poblacion%20Economicamente%20Activa%20(PEA)%20del%20Ecuador.pdf)

ambos indicadores se mantuvieron constantes en el periodo en el que se podía aplicar ampliamente.

Por lo que respecta a la calidad de empleo, el INEC, en la «Encuesta de Empleo: Indicadores de Empleo, subempleo, desempleo», de septiembre de 2007 a junio de 2008 (2008, p.12), informó de que a marzo de 2008 las personas trabajadoras con contrato permanente o indefinido eran el 13,6% de la PEA; las personas con contrato temporal, ocasional o eventual era del 38,3% de la PEA; y que el 13,1% de la PEA también se encontraba en un régimen laboral inestable con contratos por obra, a destajo, por horas o jornales.

Los datos expuestos nos reflejan que, antes del 2008, el 51,4% de la PEA se encontraba bajo condiciones laborales precarias, en la medida en que ninguna de las modalidades contractuales empleadas generaba ningún tipo de estabilidad.

El Frente Unitario de Trabajadores (en adelante, FUT), en la exposición de motivos para el proyecto de mandato constituyente n.º 8 (2007, p. 1) menciona que la intermediación laboral y la tercerización de servicios involucraban más de 800 000 personas trabajadoras, lo que equivalía al 17% de la PEA.

Estas cifras ponen de manifiesto que más de la mitad de la población estaba en condiciones de precariedad laboral, especialmente en cuanto a la temporalidad de los contratos a los que estaban sujetos, reflejo de que la figura y los diferentes pronunciamientos no habían solucionado la cuestión.

#### **5.4.1.2. Tercerización de servicios complementarios**

El término tercerización tiene su origen en la palabra *outsourcing*, que significa 'fuera de fuente'. Esta palabra se usa para referirse a la subcontratación, la externalización o la tercerización. Se trata de ceder el desarrollo de un área de la empresa a terceros para que lo ejecuten, en lugar de hacerlo personalmente.

La figura de la tercerización, en la actualidad, sigue existiendo como un mecanismo de descentralización productiva en el Ecuador, aunque no con la misma regulación prevista en la mencionada ley, por lo que en este epígrafe únicamente nos centraremos en revisar la regulación que estuvo vigente antes del 2008.

El art. 1 inciso b) de la LRCTRILT definió la tercerización de servicios complementarios como:



«(...) 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. Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter».

A partir de esta definición podemos entender que, al igual que en la intermediación, existe una relación jurídica de naturaleza mercantil, en la que participan la empresa usuaria, la empresa tercerizadora y cuyo objeto consistía en la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de la empresa usuaria.

En este sentido, debemos tener claro que existe una diferencia sustancial entre la intermediación y la tercerización laboral, ya que la primera estaba prevista para la realización de cualquier actividad, mientras que la segunda se configuraba cuando una empresa tercerizadora (exclusivamente persona jurídica, para el caso de Ecuador) desempeñaba actividades consideradas como complementarias y con su propio personal.

En este punto, podemos considerar que en la intermediación laboral no existía ningún sustento técnico que justificara su adopción; no obstante, en el caso de la tercerización de servicios complementarios sí existiría, en la medida en que las actividades que se descentralizan son aquellas que no forman parte de su proceso productivo, lo cual se estudiará en profundidad cuando estudiemos el concepto de propia actividad previsto en la legislación española.

Sin perjuicio de lo expuesto, las actividades consideradas como complementarias, de conformidad al art. 1 b) LRCTRILT, eran únicamente las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter. Por ello, la naturaleza de la actividad, en términos de la legislación ecuatoriana, era la única que determinaba si se debía realizar fuera o dentro de la empresa usuaria.

En términos generales, la intermediación y la tercerización compartían las mismas características, en la medida en que ambas tenían una vinculación jurídica mercantil. Las empresas participantes no podían entre sí ser matrices, filiales, subsidiarias, ni estar relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. El poder

de dirección de las personas trabajadoras la tenía la empresa tercerizadora y la extinción del contrato laboral estaba ligada a la terminación del contrato mercantil de intermediación.

Aunque parece evidente la diferencia que existe entre ambas figuras, Nolivos (2006, p.6) consideraba que en el país existía una confusión en cuanto a las figuras de tercerización e intermediación, puesto que se las consideraba idénticas cuando en realidad no lo eran. Por eso, al hablar de intermediación laboral nos estamos refiriendo a todas aquellas labores habituales que tienen conexión con la relación laboral, mientras que la tercerización de servicios es una herramienta profesional de apoyo externo, por medio de la cual una empresa contrata con otra que se encuentre especializada en la gestión de uno o más sectores de su industria o negocio que no constituyen su actividad principal o habitual.

Por ello, hemos considerado necesario identificar y explicar las diferencias entre ambas figuras.

La primera diferencia que encontramos es respecto al objeto del contrato. En el caso de la intermediación laboral, se proporcionaba personal a la empresa usuaria para que esta les asignase cualquier tipo de tarea, mientras que en la tercerización se cedía la realización de algunas actividades ajenas al proceso productivo de la empresa usuaria. Por ello, si bien ambas relaciones son de naturaleza mercantil y son las que marcan el inicio y la finalización de los contratos de trabajo con la intermediaria y la tercerizadora, lo cierto es que su objeto es completamente distinto.

La segunda diferencia consiste en que la empresa intermediaria y la empresa tercerizadora debían ser constituidas con objetos sociales únicos y claramente diferenciados, por lo que una misma empresa estaba imposibilitada ser intermediadora y tercerizadora a la vez.

La tercera diferencia consiste en el lugar donde prestan servicios las personas trabajadoras, ya que en el caso de la intermediación es indispensable que se realicen en las instalaciones de la empresa porque las actividades podían formar o no formar parte de su proceso productivo, mientras que en la tercerización de actividades complementarias no era necesaria la presencia de las personas trabajadoras en la instalación de la empresa.

La cuarta diferencia consiste en quién tenía el poder de dirección y supervisión frente a las personas trabajadoras. En la intermediación laboral este poder era ejercido directamente por la empresa usuaria, mientras que en la tercerización de actividades complementarias este poder era ejercido por la empresa tercerizadora como empleadora.

La quinta diferencia la encontramos en el reconocimiento que hacía la LRCTRILT respecto a que las personas trabajadoras intermediados podían hacer uso de las instalaciones y servicios con los que contaba la usuaria, tales como comedores, atención médica y otros que se encontraban a su disposición. Para el caso de las personas trabajadoras tercerizadas, la ley no hizo ningún tipo de reconocimiento al respecto. En nuestra opinión esta falta de reconocimiento responde a que las personas trabajadoras tercerizadas no siempre desempeñaban sus actividades en las instalaciones de la empresa usuaria; sin embargo, consideramos que no se contempló que ciertas actividades, como la de vigilancia o de limpieza, se debían desempeñar en las instalaciones de la usuaria, por lo que se podría producir una discriminación respecto al acceso de estos servicios.

La sexta diferencia se evidencia en la imposición de sanciones. En la intermediación, la empresa intermediaria era la legitimada para imponer una sanción a pedido de la empresa usuaria, mientras que en la tercerización la imposición de sanciones es a cargo de la empresa tercerizadora.

La confusión en el uso y aplicación de estas figuras generó que la CNJ, a través de la Sentencia de 2 de agosto de 2013<sup>344</sup>, se viera obligada a aclarar cada una de estas modalidades, estableciendo que «(...) en la intermediación laboral la intermediaria pone trabajadores a disposición de la usuaria, mientras que en la tercerización la tercerizadora provee a la usuaria de servicios».

Desde nuestro punto de vista, la Corte, al fijar la diferencia entre ambas figuras, toma como único punto de análisis la definición prevista en la LRCTRILT, por lo que resulta insuficiente. Tal como analizamos anteriormente, a nuestro criterio existen al menos seis deferencias sustanciales entre la intermediación laboral y la tercerización de actividades, por lo que consideramos que la Corte debió incluir estos aspectos en el momento de dictar sentencia.

---

<sup>344</sup> SCNJ 628/2013, Sala Laboral, 2 de agosto de 2013, R. de casación no.1287/2012, Ponente; Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidía, publicada en la Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13, P. 5562.

Por otra parte, en la opinión de Rivas (2007, pp.2-5), el principal problema al que se enfrentaron estas figuras de descentralización productiva fue su aplicación, ya que existían dos tipos de empresas proveedoras de servicios de intermediación y tercerización: aquellas que actuaban apegadas a la ley y aquellas que actuaban al margen de la ley. El autor hace mención de que en los Boletines de Prensa del 19 de julio y del 23 de agosto de 2007, publicados por el Ministerio del Trabajo, constaba que varias empresas habían sido sancionadas por operar sin contar con el permiso de funcionamiento que otorgaba esa cartera de Estado, es decir, se estaba ante la proliferación de estas empresas fantasmas.

La Federación de Empresarios de la Intermediación Laboral, Promoción de Empleo y Servicios Complementarios señaló el 5 de mayo de 2008<sup>345</sup> que en Ecuador existían 1130 empresas de intermediación laboral y tercerización, que brindaban empleo directo a 11 500 personas, que formaban parte de su personal administrativo. Además, tenían una relación civil con 11 156 empresas usuarias, que habían contratado a más de 435 000 personas trabajadoras bajo la modalidad de intermediación laboral o tercerización de servicios.

Estas cifras ponen de manifiesto que la tercerización, al igual que la intermediación laboral, eran figuras que tenían una alta popularidad para las empresas usuarias, en la que casi medio millón de personas habían adquirido una fuente de empleo a través de estos mecanismos. En nuestra opinión, estas cifras solamente reafirman lo expresado en el apartado anterior respecto a que el empleo de las personas trabajadoras era de mala calidad o precario.

#### **5.4.2. Cambios normativos realizados por la Asamblea Constituyente de 2007-2008 respecto a la descentralización productiva**

Para poder entender los cambios que se generaron por la Asamblea Constituyente es necesario hacer una pequeña referencia histórico-política que permitirá dotar de contexto a los cambios normativos generados.

El historiador ecuatoriano Paz y Miño Cepeda (2007, p. 9) explica que, debido a la inestabilidad política y económica que atravesaba Ecuador, los ciudadanos consideraban que, para conseguir un cambio en la realidad del país, se debía eliminar

---

<sup>345</sup> Esta información está obtenida de la nota de prensa "Mandato generará desempleo" publicada por el periódico El Universo el lunes 5 de mayo de 2008 y que se podrá consultar en el siguiente enlace: <https://www.eluniverso.com/2008/05/05/0001/8/6145A06974D84DC0BB2498CB53FCB9FC.html>

un Estado partidario dominado por el modelo económico neoliberal, y que por el contrario se debía adoptar un Estado de democracia social, en el que primara un modelo económico solidario y equitativo.

Esta inestabilidad política y económica se dio porque, desde la reinstauración del régimen democrático en el año 1979 hasta la actualidad, han ocupado la presidencia de la república trece personas<sup>346</sup>, de las cuales apenas tres han logrado terminar el mandato para el que fueron elegidos, ya que todas las demás han sido echados de su cargo por golpes cívico-militares, juicios políticos o porque llegaron a la presidencia por ser sucesores de los mandatarios derrocados<sup>347</sup>. Esto último, según Acosta (2001, p. 12), también generó una inestabilidad jurídica, ya que, desde que el país se constituyó como república en el año 1830 hasta la actualidad, ha contado con veinte textos constitucionales<sup>348</sup>, que han tenido un corto periodo de vigencia.

Esta inconformidad de los ciudadanos fue tomada como una oportunidad para un movimiento político nuevo, en ese entonces denominado Movimiento Alianza País, que se presentó como una alternativa frente al neoliberalismo que gobernaba a Ecuador, ya que representaba a una ideología de izquierda denominada socialismo del siglo XXI<sup>349</sup>, el que fue acogido por gran parte de la población, ya que ganó las elecciones presidenciales de 2006.

El 15 de enero de 2007, día de la posesión presidencial, el Sr. Rafael Correa, en calidad de representante del Estado, ratificó la necesidad de contar con una Asamblea

---

<sup>346</sup> Los presidentes de la República del Ecuador desde el año 1979 hasta la presente fecha son: Jaime Roldós (1979-1981); Osvaldo Hurtado (1981-1984); León Febres Cordero (1984-1988); Rodrigo Borja (1988-1992); Sixto Durán-Ballén (1992-1996); Abdalá Bucaram (1996-1997); Rosalía Arteaga (1997-1997); Fabián Alarcón (1997-1998); Jamil Mahuad (1998-2000); Gustavo Novoa (2000-2003); Lucio Gutiérrez (2003-2005); Alfredo Palacio (2005 -2007); Rafael Correa (2007-2017); Lenin Moreno (2017-actualidad)

<sup>347</sup> Los datos fueron tomados de "Political Database of the Americas de la Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/Executive/Ecuador/pres.html>

<sup>348</sup> Las veinte constituciones que han regido al Ecuador fueron promulgadas en los siguientes años: 23 de septiembre de 1830, 13 de agosto de 1835, 1 de abril de 1843, 8 de diciembre de 1845, 27 de febrero de 1851, 6 de septiembre de 1852, 10 de abril de 1861, 11 de agosto de 1869, 6 de abril de 1878, 13 de febrero de 1884, 14 de enero de 1897, 22 de diciembre de 1906, 26 de marzo de 1929, 2 de diciembre de 1938, 6 de marzo de 1945, 31 de diciembre de 1946, 25 de mayo de 1967, 15 de enero de 1978, 5 de junio de 1998, 28 de septiembre de 2008.

<sup>349</sup> El socialismo del siglo XXI en América Latina para Hamburguer Fernández (2014, pp. 131-154) es considerado como el camino para avanzar en el desarrollo y conseguir una total independencia, teniendo como punto de partido la dignidad del ser humano, en la cual exista un justo reparto de los recursos naturales. Así mismo, se deben considerar a las declaraciones y convenios sobre derechos humanos como el orden que debe regular la acción del gobierno. Una de las características más relevantes para el presente trabajo es que esta ideología considera que la economía se debe poner al servicio de la persona humana, de la satisfacción de las necesidades básicas y de la primacía del factor trabajo sobre el factor capital. Antes que una economía de la acumulación y de la plusvalía se debe imponer una economía solidaria y popular.

Constituyente y convocó a un proceso electoral de consulta popular, que se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2007. En ese proceso los ciudadanos aprobaron la creación de una Asamblea Constituyente de plenos poderes para que fuera el órgano encargado de elaborar una nueva constitución para el país.

La Asamblea Constituyente, de plenos poderes, estuvo conformada en un 70% por asambleístas representantes del Movimiento Alianza País; el 30% restante por once partidos y movimientos políticos, lo que implicaba que la mayoría de sus miembros representaban a una ideología política de izquierda o denominada socialismo del siglo XXI.

Estos datos histórico-políticos son relevantes para el presente estudio, ya que hasta el 2007 el modelo de Estado que regía en Ecuador era el de un Estado constitucional de derecho, cuya base era la Constitución. En este modelo de Estado, la Constitución jugaba un papel preponderante, ya que era la que delimitaba y daba contenido esencial a la ley, a partir de su división material o dogmática<sup>350</sup>, orgánica<sup>351</sup> y procedimental<sup>352</sup>. En cuanto a los derechos de las personas, debemos ser conscientes de que jugaban un papel fundamental, ya que eran considerados como límites y vínculos del poder público en todas sus expresiones. Los límites y los vínculos que tenían con el poder público consistían en que ningún órgano del Estado lo podía violentar, aun en el caso de que proviniesen de mayorías parlamentarias que, sin perjuicio de obtener una alta representatividad de los ciudadanos, no se encontraban por encima de la norma constitucional.

Este modelo cambió sustancialmente con la CRE de 2008. En esta, el Gobierno decidió adoptar un modelo de Estado único, denominado *Estado constitucional de derechos y justicia*, que ningún país del mundo había adoptado antes.

Por ello, consideramos que, antes de seguir con el análisis jurídico respecto a los cambios particulares en el ámbito laboral, es importante estudiar las características de este modelo de Estado, ya que en este podemos encontrar muchos elementos que

---

<sup>350</sup> Es material por cuanto reconoce y desarrolla los derechos que el Estado garantizará a sus ciudadanos (derecho a la vida, derecho al trabajo, derecho a la salud, etc.), los cuales, a más de estar consagrados en la norma, se convertirán en el fin del Estado.

<sup>351</sup> La característica de orgánica la adquiere al determinar todos aquellos órganos que formarán parte del Estado, así como sus funciones, deberes y atribuciones, los cuales además de ejercer la potestad pública son los llamados a garantizar los derechos de los ciudadanos.

<sup>352</sup> Es procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

permitan entender la incorporación del enriquecimiento injusto en materia laboral en la Constitución.

El principal cambio que realizó la Asamblea Constituyente fue en el modelo de Estado que iba a adoptar el país, ya que abandonó el Estado de derecho e instituyó lo que se ha denominado un Estado de derechos y justicia.

Para ello, debemos remitirnos al art. 1 de la CRE:

«(...) 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».

Esta acepción es una denominación nueva para la calificación de un Estado, ya que deja de lado la palabra *derecho* y la sustituye por *derechos*. Desde nuestro punto de vista, este cambio desencadena un análisis interesante, por cuanto en el Estado de derecho lo preponderante es la norma positiva que garantiza el principio de la seguridad jurídica en todos los ámbitos que regula el Estado, mientras que en el Estado de derechos se precautela y se dirige la estructura del país en función de los derechos de los ciudadanos.

En este sentido, consideramos que este modelo de Estado toma como base el clásico Estado constitucional de derecho e incorpora la utilización del calificativo *Estado de derechos* por el deber de salvaguardar y garantizar los derechos de los ciudadanos, así como el desarrollo de mecanismos de exigibilidad y garantías que no se encontraban presentes en la Constitución anterior del año 1998.

Para Ávila Santamaría (2015, pp. 28-30), este modelo fue pensado por el constituyente para ir más allá de los modelos tradicionales de Estado constitucional, Por lo que la incorporación de la palabra *derechos* tiene esta función:

«(...) en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales».

Tomando como base esta postura doctrinaria, y después de un largo análisis, podemos llegar a determinar que los objetivos básicos del Estado constitucional de derechos son, a nuestro modo de ver, los que siguen:

- i. Llevar al plano constitucional los derechos económicos, políticos y sociales de los ciudadanos reconociendo en el instrumento jerárquico superior de un Estado los derechos de los ciudadanos.
- ii. Homologar los derechos, lo que significa la eliminación de la categorización o clasificación de estos, por lo que todos son de igual peso y jerarquía.
- iii. Generar un proceso creador de normas en las que estas se inspiren y giren en torno a los derechos de los ciudadanos.
- iv. Establece una estructura e institucionalización del Estado que gire en torno a la obtención real y efectiva de los derechos.
- v. Considerar el fin del Estado en la consecución del pleno acceso y ejercicio de los derechos.
- vi. Recoger las necesidades básicas de los ciudadanos a través de la declaración o ampliación de sus derechos.
- vii. Garantizar por encima de todo los derechos reconocidos en la Constitución.
- viii. Establecer los derechos como limitadores del Estado y del constituyente hacia un marco garantista y de respeto a los derechos humanos.

La incorporación del concepto de *justicia* como calificativo del modelo de Estado implica partir de la premisa de que los derechos son de igual categoría para todos los ciudadanos, por lo que se debe otorgar un trato justo y equitativo. Esto, tal y como se señaló en la letra ii, está concebido para que los derechos reconocidos en la Constitución guarden concordancia o conformidad con la actuación estatal, de manera que, para que no quede solo como un calificativo impuesto en la Constitución, se necesita realizar, al menos, las siguientes actuaciones:

- i. El desarrollo de políticas públicas enfocadas a la colectividad de los ciudadanos, para que de esa manera se eliminen todas las barreras que pudieron existir en los modelos de Estado anteriores.
- ii. El reconocimiento real y efectivo a los derechos contenidos en la Constitución.
- iii. Las actuaciones del poder público en línea con lo dispuesto en la Constitución. En el caso de que esto sea incumplido, el poder hará uso de un control constitucional.
- iv. Lograr una garantía legal del cumplimiento de los derechos.



- v. La justicia como resultado de la aplicación del derecho.
- vi. La consideración de los derechos como justiciables.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que, en este modelo de Estado, los poderes, las actuaciones, las políticas públicas y las privadas se encuentran con sujeción a los derechos. Las personas están legitimadas para ostentar el poder. En el ámbito jurídico, la Constitución se convierte en el instrumento que se puede equiparar con una carta de derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos.

No podemos afirmar que el Estado de derecho haya dejado de lado o excluido al derecho como parte fundamental de su modelo, sino que ha pretendido que los textos normativos se elaboren en función de precautelar los derechos de los ciudadanos, para así garantizar su ejercicio efectivo.

De lo analizado hasta el momento, podemos concluir que la normativa ha sido un instrumento de regulación de la conducta de los ciudadanos. La participación del Estado ha sido, en algunos casos, más o menos protagónica; sin embargo, es evidente que, con el paso de los años, el ciudadano ha ganado un papel preponderante en el momento de crear la normativa.

Cada modelo de Estado ha ido reconociendo y garantizando cada vez más derechos para los ciudadanos. Se puede evidenciar que el gran objetivo del constituyente era lograr una inamovilidad de la norma constitucional para así fortalecer el principio de seguridad jurídica a través de la constitucionalización de la mayor cantidad de normas.

Este cambio en el modelo de Estado es determinante en el momento de hablar de las relaciones laborales, ya que el hecho de crear la legislación basada en los derechos de los ciudadanos podrían producir una colisión entre varios derechos, como son el derecho al trabajo frente a la libertad de empresa<sup>353</sup>.

En este sentido, resulta evidente que, por más que un Estado quiera crear leyes que protejan todos los derechos de los ciudadanos, en la práctica dependerá del sentido de prioridad que le dé el legislador a cada uno de ellos en el momento de crear las leyes y de la interpretación de los operadores de justicia, ya que es posible que los

---

<sup>353</sup> Por ello, hay que tener en cuenta que, desde la visión del neoconstitucionalismo, los derechos ya no pueden ser calificados como de primera, segunda o tercera generación, sino que, en el caso de una contradicción, existen principios como el de proporcionalidad o el de ponderación que permiten establecer cuál de ellos prevalece.

límites o restricciones que se impongan para proteger alguno de ellos atente o afecte directamente a otro.

Ahora bien, este cambio de modelo de Estado efectivamente se vio reflejado cuando analizamos el reconocimiento que hizo la CRE del derecho al trabajo, ya que se realizó desde una visión más humanista, en la que no solo se consideraba como una fuente de sustento económico, sino de realización personal y familiar. Esto nos da la pauta de que, si bien el Ecuador no se auto cataloga como un Estado del bienestar, lo que está buscando es la protección de los individuos por encima de otras consideraciones o cosas.

El segundo cambio que se produjo fue la promulgación de los mandatos constituyentes. Se mencionó anteriormente que la Asamblea Constituyente, creada para elaborar la CRE de 2008, tenía plenos poderes. Los plenos poderes fueron justificados en el hecho de que este órgano representaba la soberanía popular que radicaba en el pueblo. De manera que en el art. 2 número 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, aprobado el 11 de diciembre de 2007 y publicado en el Registro Oficial No. 2336 de 20 de diciembre de 2007 (en adelante, RFAC) se dispuso: «En el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará: (...) 2. Mandatos constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato (...)».

Estas facultades consistían en que, mientras este órgano se encontrara elaborando la Constitución, podían también legislar respecto a cualquier tipo de materia que estuviera regulada en la Carta Magna, es decir, en todas sin limitación alguna. En materia laboral se expidieron tres mandatos constituyentes (2, 4 y 8). El último fue el que mayores cambios produjo en el ordenamiento jurídico.

Los mandatos constituyentes utilizados por la Asamblea Constituyente fueron muy cuestionados. Para algunos autores (Salgado Pesantes, 2008, pp. 205-223), estos fueron decisiones políticas, inspiradas por el poder ejecutivo, que permitieron concretar leyes en los asuntos importantes para el país, criticando el hecho de que los constituyentes invirtieran el orden lógico de su trabajo, porque primero se dedicaron a expedir leyes y después a elaborar el texto de la Constitución. Además, tal como estaba dictado el RFAC, los mandatos se convirtieron en leyes incontrovertibles.

Los mandatos constituyentes en materia laboral, según lo señalado en la exposición de motivos de cada uno de ellos, atendían un sentido de urgencia de la población, por lo que tuvieron como objeto poner fin a los abusos que se estaban generando por parte de personas trabajadoras y empresas, ya que, en todos ellos, se establecieron límites y prohibiciones a ciertas conductas que se consideraban que atentaban contra el ordenamiento jurídico.

En el caso de los dos primeros mandatos (n.º 2 y n.º 4), los límites impuestos eran aplicables a las personas trabajadoras del sector público, mientras que en el n.º 8 la prohibición impuesta fue tanto para el sector público como para el privado. Por ello, consideramos importante hacer una breve referencia a los Mandatos n.º 2 y n.º 4, para luego centrarnos en el Mandato n.º 8 que es el más relevante en nuestro estudio.

El primer mandato constituyente que se promulgó en materia laboral fue el n.º 2, que fue expedido el 24 de enero de 2008 y publicado en el Registro Oficial n.º 261 de 28 de enero de 2008, con la finalidad de fijar límites a las remuneraciones fijadas por el Estado para los funcionarios y empleados públicos, a excepción de militares y policías. De la misma manera, se limitó el monto de indemnizaciones por supresión de cargos, renuncias o jubilaciones patronales.

La Asamblea Constituyente consideró que era importante promulgar este mandato porque era un instrumento que contribuía a erradicar los privilegios remunerativos y salariales que existían en las entidades públicas, con el objeto de hacer efectivo el principio de «a igual trabajo, igual remuneración», ya que se eliminaban las remuneraciones diferenciadas de las personas trabajadoras públicos que realizaban la misma actividad pero que, por pertenecer a una u otra dependencia, variaba su ingreso.

El segundo mandato constituyente en materia laboral fue el n.º 4, expedido el 12 de febrero de 2008 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 273 de 14 de febrero de 2008. Fijó un límite a la negociación colectiva respecto al número máximo de salarios que podían recibir las personas trabajadoras del sector público, a excepción de militares y policías por concepto de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de la relación laboral.

El fundamento que utilizó la Asamblea Constituyente para promulgar este mandato fue que la contratación colectiva en el sector público no podía generar privilegios desmedidos que atentaran contra el principio de igualdad de los ciudadanos, así como

tampoco se podía comprometer, de manera excesiva, los recursos públicos, ya que el Estado es un empleador que no genera fines de lucro.

El tercer y último mandato constituyente que se promulgó en materia laboral fue el n.º 8, expedido el 30 de abril de 2008 y publicado en el Registro Oficial Suplemento n.º 330 de 6 de mayo de 2008, en el que se dispuso la eliminación y la prohibición a la tercerización e intermediación, es decir, se prohibía cualquier tipo de descentralización productiva.

Los fundamentos utilizados por la Asamblea Constituyente para prohibir esta modalidad de contratación estuvieron encaminados a demostrar que, pese a los esfuerzos legislativos que se hicieron a través de la promulgación de la LRCTRILT para regular de manera adecuada estas actividades, lo cierto era que, a marzo de 2008, el 51,4% de la PEA se encontraba bajo condiciones laborales precarias, en la medida en que casi 500 000 personas se encontraban bajo régimen de descentralización productiva, en la que ninguna de las modalidades contractuales empleadas generaba estabilidad.

Por ello, consideraron que era una prioridad para el Estado suprimir y prohibir estas formas precarias de trabajo, ya que en la exposición de motivos del Mandato n.º 8 se hace constar los siguientes argumentos para sustentar su promulgación:

- i. La tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas son modalidades que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva.
- ii. Las compañías que se dedican a las actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral hacen uso de esa demanda con carácter mercantil para su propio beneficio.
- iii. «(...) Que se han tratado de limitar estas formas discriminatorias de contratación laboral a través de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, publicada en el Registro Oficial n.º 298 del 23 de junio del 2006; sin embargo, las empresas usuarias han abusado de estas formas de contratación, perjudicando a miles de trabajadores en el Ecuador!.

- iv. La mayoría de las empresas intermediarias, tercerizadoras, se encuentran al margen de la ley, y han vulnerado los derechos de las personas trabajadoras. Incluso han deshumanizado el trabajo, convirtiendo a la fuerza de trabajo en simple mercancía.

Ahora bien, los cambios que produjo este instrumento fueron significativos y generaron un cambio sustancial en la instrumentalización del derecho laboral ecuatoriano. En primer lugar, se dispuso que la relación laboral, en todos los casos, sería bilateral y directa, es decir, que cualquier relación jurídica de trabajo únicamente podía estar conformada por empleador y trabajador. Esto implica necesariamente la desaparición de cualquier tipo de tercero, ya sea intermediador o tercerizador, de las actividades productivas, o sea, que los procesos de contratación y la relación jurídica debían ser siempre llevados a cabo por la persona titular de la empresa, con lo que se generaba la certeza de quién era el deudor de las obligaciones patronales.

En segundo lugar, se resolvió la eliminación del ordenamiento jurídico de las figuras de intermediación, tercerización y contratación por horas, así como la prohibición de estas, lo que generó que esta actividad, en adelante, fuera considerada como un objeto ilícito. Esta categorización implica que cualquier contrato que tenga como objeto la contratación de personal para que preste sus actividades a un tercero estaría viciado de nulidad absoluta.

En tercer lugar, se decidió la conclusión de todos los contratos de intermediación laboral al 6 de mayo de 2008, fecha en que se publicó el Mandato n.º 8 en el Registro Oficial, sin que se generara ningún tipo de indemnización ni reclamación por parte de las empresas intermediarias o tercerizadoras.

En cuarto lugar, se impuso la obligación a todas las empresas usuarias, públicas y privadas de asumir a todas las personas trabajadoras que venían prestando servicios para ellas a través de esta modalidad de contratación como trabajadores propios, respetando su antigüedad y garantizando un año de estabilidad. Esto generó una prohibición de despido. Esta, de ser desobedecida, tenía como efecto el reintegro obligatorio del trabajador a su puesto de trabajo.

En quinto lugar, se decretó la derogatoria total de la LRCTRILT de 30 de mayo de 2006, lo que generó como consecuencia jurídica la inaplicabilidad de cualquiera de las disposiciones ahí contenidas.

En sexto lugar, se dispuso la creación de figuras como la *contratación de actividades complementarias o técnicas* o el *contrato de jornada parcial permanente* como mecanismos alternativos a los contratos derogados, y que analizaremos en un epígrafe especial más adelante.

Con todo ello, los efectos generados para las empresas usuarias fueron sumamente fuertes, ya que de un día para otro tuvieron que asumir costes laborales que no habían contemplado. Por ejemplo, en el caso de Andinatel tuvo que incorporar a su nómina a 880 personas trabajadoras tercerizadas; o Telecsa, que debió incorporar a 220 personas trabajadoras tercerizadas; o Categ, que asumió a 500 personas trabajadoras. No obstante, hubo empresas usuarias como Pinto que no cumplió con la obligación prevista en el mandato constituyente y fue multada por el Ministerio del Trabajo con 408 000 dólares.<sup>354</sup>

No debemos olvidar que aquellas empresas que se dedicaban a estas actividades dejaron de operar inmediatamente, lo que también generó un contingente económico muy grande, con diversas instituciones del Estado por deudas tributarias, de Seguridad social y patronales, ya que, de acuerdo a la Superintendencia de Compañías, antes del 6 de mayo de 2008 existían 1462 empresas que se dedicaban a la intermediación laboral, de las cuales 508 fueron liquidadas hasta enero de 2009 y 550 más hasta enero de 2010, sin que se hayan proporcionado datos respecto a aquellas empresas que no han seguido el proceso de disolución y liquidación, pese a que no se encuentren operando.

Esta decisión, a nuestro criterio, fue extrema, ya que se quiso entablar el adagio popular de «a grandes males, grandes soluciones». Pero consideramos que no se atacó a la fuente del problema, ya que, si bien se quiso justificar su prohibición teniendo en cuenta la incorrecta o abusiva aplicación de la norma, no se demostró que el Estado hubiera ejercido de forma exhaustiva los mecanismos de control y de sanciones que tenía para evitar estas conductas.

Desde nuestro criterio, la medida satanizó la figura, sin considerar que existían mecanismos jurídicos alternativos para controlarla o regularla de mejor manera, ya que estas modalidades de contratación, en un escenario ideal, sirven para generar un

---

<sup>354</sup> Estos datos fueron obtenidos de la nota de prensa “Ex tercerizados entre desempleo y nuevos beneficios laborales” publicado el 4 de enero de 2009 por el periódico El Universo, que puede ser consultado en el siguiente enlace:  
<https://www.eluniverso.com/2009/01/04/1/1356/C3529B35BD1842E3A3DEA5B8D0F00879.html>

beneficio conjunto a las empresas y a las personas trabajadoras: para las empresas, el beneficio consiste en que pueden desarrollar ciertas actividades que no constituyen su actividad productiva principal; para las personas trabajadoras, podían contar con una fuente de sustento personal y familiar respetando sus derechos.

La disposición más controversial del Mandato n.º 8 fue la incorporación a la nómina permanente de la empresa de todas las personas trabajadoras que estuvieran contratados bajo la modalidad de descentralización productiva. Algunos autores consideraron (por ejemplo, Romo, 2008, p. 6) que el alto índice de informalidad presente en el país hasta antes de la promulgación del Mandato n.º 8 es lo que había generado un coste casi prohibitivo para aquellas empresas que se vieron obligadas a incorporar a las personas trabajadoras tercerizados e intermediarios a sus nóminas, justificando que estos problemas no son responsabilidad de la normativa, sino del abuso indiscriminado de la figura.

Si bien es cierto que actualmente las figuras de tercerización, intermediación y contratación por horas ya no se encuentran vigentes en el país, el propio Mandato n.º 8 estableció la posibilidad de contratar ciertas actividades que se denominaron *complementarias*, es decir, aquellas que no eran intrínsecas al proceso productivo de la empresa<sup>355</sup>. Además, se creó una nueva modalidad contractual denominada *jornada parcial permanente*, lo que se explicará en profundidad en el siguiente epígrafe. Esto demuestra que, pese a que existe una prohibición de ciertas figuras como la intermediación y la tercerización, lo cierto es que la descentralización productiva sigue estando permitida en el país.

Lo expuesto nos permite advertir que el trasfondo de la promulgación del Mandato n.º 8 no fue eliminar todas las figuras de descentralización productiva en el país, ya que únicamente se eliminó la intermediación laboral, por ser un mecanismo que facilitaba la sustitución de la empleadora.

En el siguiente epígrafe vamos a explicar que el Mandato n.º 8 no eliminó la tercerización de actividades complementarias, sino que, además de regularlo de mejor forma, le cambió de denominación a *contratación de actividades complementarias*. De la misma manera, incorporó como una modalidad contractual la jornada parcial

---

<sup>355</sup> El art. 3 del Mandato No. 8 se estableció que se podían celebrar contratos con personas naturales o jurídicas como prestadoras de actividades complementarias, cuyo único objeto debía ser la realización de actividades complementarias tales como vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria

permanente, que desde nuestro punto de vista sigue siendo una forma de contratación por horas.

Por ello, se puede concluir que la descentralización productiva en Ecuador, antes del 2008, tenía una regulación deficiente, en la que no se aseguraba el acceso a todos los derechos laborales. Por ello, si bien el Estado ecuatoriano consideró, en términos generales, que la descentralización productiva como principal instrumento de flexibilidad laboral generaba una precariedad laboral, lo cierto es que únicamente implementó límites y mejores regulaciones a tales figuras, entre los que se encontraba el enriquecimiento injusto, ya que como hemos visto a lo largo de este trabajo este principio propugna una equidad en la relación jurídica de las partes para evitar afectaciones en sus derechos patrimoniales a costa del otro.

#### **5.4.3. Regulación de la descentralización productiva después de la Constitución del 2008: a propósito del enriquecimiento injusto**

La legislación laboral después de la promulgación del Mandato n.º 8 y con la posterior entrada en vigencia de la CRE devino en un modelo laboral rígido, en el que no solamente se produjo una constitucionalización de los principios y algunas normas laborales, sino que se estableció, como regla general, que la relación laboral sería bilateral y directa, lo que en un primer momento dejaba excluida, aparentemente, la posibilidad de utilizar figuras de descentralización productiva.

Ahora bien, el art. 3 del Mandato n.º 8 previó una excepción a esta regla: se confirió la facultad para que las empresas pudieran contratar actividades complementarias o técnicas que estaban fuera del proceso productivo de la empresa usuaria, tal como analizaremos en el siguiente epígrafe.

Además de lo expuesto, otro cambio sustancial que se dio con la promulgación del Mandato n.º 8 fue la eliminación del contrato por horas y la incorporación de una nueva modalidad contractual denominada *contrato de jornada parcial permanente*. En cuanto a esta modalidad analizaremos las semejanzas y diferencias que tiene con el contrato por horas, para así estar en aptitud de determinar si se produjo un cambio sustancial o si solo se brindó una mejor regulación.

Si bien estos fueron cambios inmediatos a la legislación laboral ecuatoriana, lo cierto es que entre 2008 y 2018 se generaron nuevas reformas que tendieron a eliminar la precariedad laboral, tales como la eliminación del contrato a plazo fijo y las



modificaciones en cuanto al salario del contrato eventual y el contrato ocasional, que también se estudian ahora.

#### **5.4.3.1. Contratación de actividades complementarias**

La contratación de actividades complementarias es la única excepción a la regla constitucional que consistía en que la relación jurídica deberá ser bilateral y directa, que nació del art. 3 del Mandato n.º 8. Este contrato de actividades complementarias tiene por objeto la realización de cierto tipo de actividades específicas de la usuaria por parte de un tercero.

En nuestra opinión, este tipo descentralización productiva se enfoca en el principio de especialización de las actividades, ya que se parte de la premisa de que no todas las empresas tienen la especialización necesaria para realizar todas las actividades. Para evitar cualquier tipo de subjetividad respecto a cuáles eran estas actividades, el artículo señalado enumeró un catálogo de actividades complementarias, que comprenden las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, así como actividades ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria<sup>356</sup>.

Si comparamos la tercerización de servicios complementarios vigente antes del 2008 con la contratación de actividades complementarias que surgió como consecuencia del Mandato n.º 8 podemos encontrar las siguientes semejanzas y diferencias.

Respecto a las semejanzas, hemos podido identificar las siguientes:

- i. El objeto social de la empresa tercerizadora y de la empresa prestadora de actividades complementarias debía ser único. Para operar legalmente, debían obtener una autorización otorgada por el Ministerio del Trabajo; (Art. 1 LRCTRILT; Art. 3 Mandato n.º 8).
- ii. La relación jurídica entre la empresa tercerizadora y la prestadora de actividades complementarias es de naturaleza mercantil. (art. 3 LRCTRILT; disposición general segunda del Mandato n.º 8).

---

<sup>356</sup> La categoría de actividades ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria, abre un abanico de posibilidades en función de la actividad propia de cada empresa, sin embargo podemos encontrar algunas otras que pueden encajar perfectamente en esta disposición, tales como servicios técnicos de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, asesoría legal, sistemas informáticos, administración de nómina, selección de personal, *call center*, entre otros.

- iii. La responsabilidad solidaria entre la empresa tercerizadora y la prestadora de actividades complementarias respecto a los derechos de las personas trabajadoras se mantuvo en los mismos términos. (art. 15 LRCTRILT; art. 4 del Mandato n.º 8).
- iv. La prohibición de que entre empresas tercerizadoras/empresa prestadora de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. (art. 13 LRCTRILT; art. 6 del Mandato n.º 8).
- v. Las actividades externalizadas que realicen la empresa tercerizadora/empresa prestadora de actividades complementarias deben ser con su propio personal. (art. 1 b) LRCTRILT; art. 4 del Mandato n.º 8).
- vi. El reconocimiento de los derechos consagrados en la Constitución, los convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, el CT, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, para las personas trabajadoras que presten sus servicios a las empresas tercerizadoras/empresas prestadoras de actividades complementarias. (art. 8 LRCTRILT; art. 4 del Mandato n.º 8).
- vii. La nulidad de cualquier cláusula que pueda contener una prohibición para que la empresa usuaria contrate de forma directa a cualquier persona trabajadora que esté involucrada en la tercerización/prestación de actividades complementarias. (art. 12 LRCTRILT; art. 4 del Mandato n.º 8).

En cuanto a las diferencias, hemos podido identificar las siguientes:

- i. La naturaleza de la persona prestadora de servicio cambió, ya que en la LRCTRILT la tercerización de servicios complementarios la podía realizar únicamente una persona jurídica, mientras que en el Mandato n.º 8 se permite que lo realice una persona natural y jurídica. (art. 1 b) LRCTRILT; art. 4 del Mandato n.º 8).
- ii. El catálogo de actividades complementarias previsto en la LRCTRILT y en el Mandato n.º 8 es prácticamente igual; no obstante, en este último se agregó la posibilidad de que también sean sujetas a externalización aquellas actividades «ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria». (art. 1 b) LRCTRILT; art. 3 del Mandato n.º 8).

Desde nuestro punto de vista, esta incorporación permite la descentralización de otras actividades no contenidas en el catálogo, lo cual permite un ámbito de aplicación más amplio para la descentralización productiva en el Ecuador.

- iii. La imposición de una sanción para la empresa usuaria que contrate a una persona vinculada para el ejercicio de las actividades complementarias, que consiste en la obligación de asumir como personal propio a todas las personas trabajadoras involucradas, así como la imposición de una multa de 6 remuneraciones básicas. (art. 6 del Mandato n.º 8).
- iv. El pago de las utilidades en la tercerización de servicios complementarios correspondía a la empresa tercerizadora, mientras que, en la contratación de actividades complementarias, el pago de las utilidades le corresponde a la usuaria, en función del tiempo de servicio de la persona trabajadora. (disposición general 1 Mandato No. 8)

Por lo antes expuesto, podemos concluir que la contratación de servicios complementarios es prácticamente igual a la que se dio en la LRCTRILT, por lo que resulta evidente que el Mandato n.º 8 no pretendió eliminar del ordenamiento jurídico a todas las formas descentralización productiva. La única figura que quedó totalmente eliminada y prohibida fue la intermediación de actividades, ya que, como sosteníamos anteriormente, permitía la subrogación de la empresa empleadora. En el caso de la contratación de actividades complementarias, el Mandato n.º 8 hizo pequeños cambios, que desde nuestro punto de vista regulan de mejor forma esta figura.

El principal cambio que se hizo fue delimitar que únicamente las actividades que no se encuentran enmarcadas dentro de las labores propias o habituales del proceso productivo puedan ser susceptibles de externalización, lo cual responde a una necesidad real de la empresa y que comparte ciertas semejanzas con la forma en que España ha concebido la propia actividad.

En lo que concierne al impacto que tuvo el Mandato n.º 8 respecto a la tasa de empleo, debemos tener en cuenta que el periodo de afectación que se vaya a analizar está comprendido en los dos periodos antes señalados, esto es, entre los años 1998 y 2006; y, entre 2008 y 2010. Por ello, hemos tomado los datos proporcionados por el INEC en la Encuesta de Empleo, Desempleo y Subempleo, realizada durante el lapso descrito.

En el periodo comprendido entre 1998 y 2006, la Encuesta de Empleo, Desempleo y Subempleo (2006, pp. 1-25) refleja que la tasa de desempleo había estado fluctuando entre el 8% y 15%, y que su nivel más alto fue el 17%, alcanzado en febrero del año 2000; posteriormente el 12,05% en abril de 2004. Estos datos nos reflejan que,

mientras estuvo vigente la regulación del Decreto n.º 2166 y la LRCTRILT, existía una alta tasa de desempleo, lo que demuestra que la descentralización productiva no generó empleo en el país.

Por su parte, en el periodo comprendido entre 2008 y 2010, la Encuesta de Empleo, Desempleo y Subempleo (2010, pp. 1-15) refleja una mejoría respecto a las últimas décadas, ya que la tasa de desempleo se mantuvo en el 7,5%, y que la más alta fue el 9,1% en marzo de 2010 y la más baja en diciembre de 2010 con un 6,1%. Estos datos nos llevan a pensar que el Mandato n.º 8, así como la promulgación de la CRE, generó un impacto considerable respecto a la tasa de desempleo, ya que sí existe una disminución respecto a los años anteriores.

Por lo que respecta a la calidad en el empleo, el INEC, en la Encuesta Nacional de Empleo, desempleo y subempleo (2016, p.9), indica que la tasa de ocupación digna entre 2007 y 2016 ascendió del 23,7% al 36,2%. Este factor nos muestra que la promulgación de la CRE, así como la del Mandato n.º 8 ha generado una mejoría en las condiciones de precariedad de las personas. Pero tal mejoría no ha sido suficiente, ya que todavía existe un 63,8% de la PEA que está sin empleo o que tiene trabajo con condiciones inseguras.

Estas cifras se complementan con aquellas provistas por la ONU en el documento «Ecuador y la Agenda de Desarrollo 2030» (2016, pp.1-20)<sup>357</sup>, que señalan que, en el país, en 2015, el 46,5% de las personas trabajadoras estaban en un empleo adecuado, unido a que el 44,2% se encontraba afiliada a la Seguridad Social.

#### **5.4.3.2. Contrato de jornada parcial permanente**

Como se indicaba previamente, otro de los cambios que generó el Mandato n.º 8 fue la eliminación del contrato por horas. Aunque ya ha sido analizado en profundidad en el epígrafe, el correspondiente a la simulación, vamos a recapitular brevemente.

La contratación por horas era una modalidad contractual utilizada para aquellas actividades que se podían realizar en una jornada inferior a las ocho horas establecidas por la ley. Sus características principales eran que la remuneración pactada por las partes, calculada por cada hora de trabajo, no podía ser menor al valor hora fijado por la ley. Este valor debía incluir todos los beneficios económicos legales

---

<sup>357</sup> El documento se puede consultar en el siguiente enlace:  
<https://www.local2030.org/library/239/Ecuador-y-la-Agenda-de-Desarrollo-2030.pdf>

que conforman el ingreso total de las personas trabajadoras en general, incluyendo aquellos que se pagaban con periodicidad distinta de la mensual.

Este contrato conserva la nota característica de dependencia y suprime el elemento de la estabilidad, lo que posibilitaba la terminación por voluntad de cualquiera de las partes, sin que acarree ningún tipo de sanción pecuniaria, como sí existen en el resto de modalidades contractuales, esto es, las bonificaciones extraordinarias por terminación unilateral del contrato (bonificación por desahucio e indemnización por despido intempestivo).

El Mandato n.º 8 en el art. 2 eliminó y prohibió la contratación por horas y propuso como alternativa la contratación de jornada parcial, que se encontraba regulada con anterioridad en el art. 82 del CT. Hizo hincapié en que todas las formas de contratación contempladas en esta ley debían garantizar estabilidad y protección a las personas trabajadoras.

Por su parte, el texto del art. 2 es escueto en cuanto a la regulación de esta modalidad contractual. Señala únicamente tres aspectos, que son:

- i. Que la remuneración deberá ser pagada en forma proporcional con la remuneración correspondiente a la remuneración básica unificada.
- ii. Que las personas trabajadoras tendrán derecho a todos los beneficios que le confiere la ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación a la seguridad social; y,
- iii. Que en las jornadas parciales todo aquello que exceda del tiempo convenido será remunerado como jornada suplementaria o extraordinaria, según sea el caso.

Esta falta de regulación obligó a que el 8 de julio de 2018 se dictara una regulación complementaria, que estaba contenida en el Acuerdo Ministerial n.º MDT-2018-0135<sup>358</sup> expedido por el Ministerio del Trabajo. Este acuerdo ministerial define al contrato de jornada parcial permanente como aquel destinado a atender actividades especiales, que pueden prestarse durante un tiempo inferior a las ocho horas diarias, cuarenta semanales y menos de las ciento sesenta horas al mes.

Existen varias características de esta forma de contratación que vale la pena mencionar. En primer lugar, el Acuerdo Ministerial en concordancia con el Mandato n.º

---

<sup>358</sup> Publicado en el Registro Oficial No. 265 de 19 de junio de 2018.

8 reconocen que, por su naturaleza, este será un contrato indefinido, de manera que genera un derecho de estabilidad. De igual forma, prevé que esté sujeto a un periodo de prueba de 90 días, tal como establecen los arts. 14 y 15 del CT.

En segundo lugar, establece que la periodicidad en el pago de la remuneración será semanal, quincenal o mensual, según acuerdo entre las partes, y que están garantizados todos los beneficios previstos por la ley, es decir, sobresueldos, vacaciones y utilidades, que deben ser calculados de forma proporcional al tiempo trabajado. También está el derecho a las indemnizaciones y bonificaciones que le correspondan por la terminación legal o ilegal del contrato, y la obligación de afiliación y pago de aportaciones en la Seguridad Social.

En tercer lugar, en cuanto a la jornada de trabajo fija que:

«(...) El número de jornadas de trabajo pueden ser inferiores a cinco (5) días a la semana y a su vez cada una de ellas pueden tener una duración inferior a las ocho (8) horas diarias, o en su defecto el empleador podrá solicitar al Ministerio del Trabajo la aprobación de horarios especiales de trabajo».

En cuarto lugar, la terminación de este contrato estará sujeto a las causales previstas en el CT, que también son aplicables para todo el resto de las modalidades contractuales, que se encuentran contempladas en el art. 169 del mismo cuerpo legal.

Estas características nos permiten advertir de que esta modalidad contractual, en cuanto a su regulación normativa, se diferencia del contrato indefinido únicamente en lo que respecta a la jornada; es decir, el contrato de jornada parcial permanente garantiza los mismos derechos y beneficios a la persona trabajadora que el contrato indefinido, especialmente en la permanencia y la estabilidad. El elemento diferenciador de este contrato respecto al indefinido es el principio de «a igual trabajo, igual remuneración». En el primero, al ser una jornada menor que la completa, el valor de la remuneración, así como el de los sobresueldos, será pagado de acuerdo con el tiempo efectivamente laborado.

Si comparamos la regulación vigente respecto a la vigente en el 2007, podemos advertir que la contratación por horas era una forma de precarización laboral, en la que las condiciones en las que desempeñaban sus actividades las personas trabajadoras no eran óptimas. Esta afirmación se sustenta en que el contrato por horas era una modalidad contractual en la que las personas trabajadoras tenían, desde el punto de vista fáctico, restringido el acceso a ciertos derechos, ya que el valor que se le pagaba

por hora comprendía, aparentemente, todos los derechos laborales (sobresueldos, vacaciones, utilidades, etc.); sin embargo, no se detallaba claramente la relación entre el concepto del derecho y el valor. Esto a nuestro modo de ver era una forma de evadir el pago de los derechos por sobresueldo, vacaciones o utilidades, ya que permitía camuflarlos en el valor de la hora.

Consideramos que la contratación por horas también restringía el acceso al derecho a recibir cualquier tipo de indemnización por despido legal o ilegal, ya que carecía de permanencia y estabilidad.

Esto se complementa con lo estudiado anteriormente, respecto a que fue un mecanismo utilizado para hacer un fraude de ley y así evitar la contratación de trabajadores en modalidades de plazo indefinido. Además, como se mencionó anteriormente, el país no firmó el Convenio n.º 175 de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial, de manera que no existía ningún impedimento para eliminar completamente la figura.

Desde nuestro punto de vista, el Mandato n.º 8 eliminó la regulación que se le venía dando a la contratación por horas: quedó prohibido cualquier tipo de contratación en estos términos. A nuestro modo de ver, generó una transformación sustancial respecto a la regulación de una modalidad contractual parcial, en la cual se incorporaron ciertos elementos como la estabilidad o los derechos de indemnización, que fueron cambios necesarios para evitar la discriminación y las desigualdades laborales propias de la regulación anterior.

Consideramos que tanto la contratación por horas como la jornada parcial permanente pertenecen a una misma modalidad de contratación parcial, que no fue alterada en su esencia, sino únicamente en cuanto a los derechos y las garantías a los que tenían acceso las personas trabajadoras.

Es importante mencionar que en la legislación ecuatoriana no existen, hasta la presente fecha, salvo error u omisión de nuestra parte, otras modalidades de contratación parcial, por lo que resulta imposible realizar un análisis comparativo que nos permita aportar más elementos. En este mismo sentido, salvo error u omisión de nuestra parte, no hemos encontrado estadísticas que reflejen el número de personas trabajadoras que se encuentran desempeñando actividades bajo esta modalidad.

Por lo expuesto, podemos concluir que el cambio en la normativa ecuatoriana fue, efectivamente, frenar los abusos que se produjeron a consecuencia de la aplicación de las figuras que instrumentalizaban la descentralización productiva en ese momento.

#### **5.4.3.3. Contrato a plazo fijo y otras modalidades contractuales temporales**

Otro de los contratos que la LRCTRILT consideraba como precarios era el contrato a plazo fijo, el cual estuvo vigente en Ecuador hasta el 2015. Fue derogado por la Ley Orgánica para Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, promulgada el 14 de abril de 2015<sup>359</sup>, que reformaba el CT. En este epígrafe estudiaremos la regulación del contrato a plazo que estuvo vigente antes de la reforma, así como la exposición de motivos de la ley que lo derogó, para estar en aptitud de determinar si efectivamente podía considerarse una modalidad de contratación precaria. Finalmente, realizaremos una breve comparación entre el contrato a plazo fijo y otras modalidades contractuales de naturaleza temporal que todavía se encuentran vigentes en la legislación laboral ecuatoriana.

La modalidad contractual a plazo fijo se encontraba reconocida en el art. 11 letra c) del CT vigente hasta 2015. Las características principales del contrato a plazo fijo las podemos resumir de la siguiente manera:

- i. El plazo de duración del contrato podía ser de 1 o de 2 años, previo acuerdo de las partes. El plazo mínimo de duración establecido al art. 14 del CT era de un año.
- ii. El contrato a plazo fijo podía contemplar el periodo de prueba de 90 días, previsto para todas las modalidades contractuales, de acuerdo con el art. 15 del CT. Cualquiera de las partes estaba facultada a darlo por terminado libremente, sin que se generase la obligación de pago de ninguna indemnización.
- iii. La persona trabajadora contratada bajo esta modalidad tenía acceso a todos los derechos laborales contemplados para el contrato indefinido, es decir, remuneraciones, sobresueldos, vacaciones o afiliación a la Seguridad Social.
- iv. La terminación de este contrato por vencimiento del plazo operaba a través del desahucio, que era el aviso con el que una de las partes hacía saber a la otra que su voluntad era la de dar por terminado el contrato. Si el aviso lo realizaba la persona titular de la empresa, tenía que ser máximo 30 días antes del plazo

---

<sup>359</sup> Publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483 del 20 de abril de 2015.



de vencimiento, mientras que si lo hacía el trabajador eran 15 días antes del vencimiento. La consecuencia jurídica de no realizar el aviso en el tiempo establecido era que el contrato de trabajo se convertía, automáticamente, en indefinido. (art. 184 CT).

- v. La terminación del contrato por otras causas ajenas al vencimiento del plazo estaba supeditada a las causales de terminación fijadas en el art. 169 del CT: las causas previstas en el contrato, el acuerdo de las partes, la muerte de la persona trabajadora o del titular de la empresa, siempre que no hubiera sucesor, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo; y, por visto bueno. Estas causales son aplicables también a los contratos a plazo indefinido.

Estas características nos permiten identificar que el elemento diferenciador respecto al contrato a plazo indefinido es la estabilidad. La estabilidad en el empleo, según nos explica Palomeque López (1975, pp. 60-64), es una derivación del principio de conservación del negocio jurídico, propio del derecho civil, que está fundado en que los contratos se celebran con un fin y para que produzcan resultados, sin importar cuales fueren. Por tanto, la ineficacia de lo que se estipuló nunca puede ser la primera solución del derecho.

Bayón Chacón (1970, p. 43) y Miñambres Puig (2001, p.46) sostienen que la estabilidad en el empleo es una característica intrínseca al derecho al trabajo, que nace de su naturaleza tuitiva y que forma parte del principio *pro operario*, ya que la estructura de la relación jurídica está creada para potenciar y conservar el contrato de trabajo, otorgando una mayor protección y tratamiento más favorable a la persona trabajadora.

En este sentido, los autores mencionados, así como Montoya Melgar (1978, p. 46), aseguran que existen una serie de instituciones propias que recogen esta idea. Estas instituciones son instrumentos creados con el fin de proteger el contrato de determinados riesgos que puedan afectar la continuidad: la nulidad parcial, la limitación al periodo de prueba, la tácita reconducción de los contratos a plazo fijo y la extinción causal del contrato de trabajo. El denominador común de estas instituciones es preservar la continuidad del contrato de trabajo, para así garantizar la supervivencia de la persona trabajadora.

Si tomamos estas instituciones y las analizamos desde la regulación del contrato a plazo fijo en el Ecuador, podemos advertir que estaba prevista una limitación al periodo de prueba, una tácita reconducción que lo volvía a plazo indefinido y una extinción causal del contrato de trabajo, de manera que sí existían mecanismos que buscaban la preservación del contrato de trabajo.

Si esto lo complementamos con la definición de estabilidad laboral que dan Pasco Cosmópolis (1989, p. 41) y Guzmán (2001, p. 305), estamos ante una garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legal que justifique su extinción.

Estos elementos nos llevan a concluir que el contrato a plazo fijo, tal y como estaba regulado, era una modalidad que no generaba el mismo nivel de precariedad que el contrato por horas. Además, existía una estabilidad parcial en el mismo, es decir, que al menos durante un año la persona trabajadora estaba en posibilidad de conservar su empleo. También, operaba la tácita reconducción, si no se presentaba el desahucio por una de las partes.

Desde nuestro punto de vista, esta modalidad contractual era el paso previo para que se configurase un contrato indefinido, en el que las personas trabajadoras no tenían ningún tipo de restricción de derechos, ya que contaban con la protección de la Seguridad Social, así como el acceso a los derechos de sindicación y los demás derechos laborales contemplados en la ley.

Ahora bien, para garantizar el cumplimiento de la estabilidad laboral parcial propia del contrato a plazo fijo, el CT había previsto sanciones para quien la transgrediera, ya sea que fuera por parte de la empresa o de la persona trabajadora. Esta transgresión se podía generar en dos supuestos.

El primero se configuraba si la terminación del contrato a plazo fijo se daba antes del plazo convenido y sin que existiera causa legal. En este supuesto, si la terminación era generada por la empresa, nacía la obligación de pago a la persona trabajadora de una indemnización equivalente al 50 % de la remuneración total, por todo el tiempo que faltare para la terminación del plazo pactado, de acuerdo con el primer párrafo del art. 181 del CT. Por el contrario, si la terminación anticipada era generada por la persona trabajadora, nacía una obligación de pago a la empresa por concepto de indemnización, equivalente al 25% de la remuneración total, por todo el tiempo que

faltare para la terminación del plazo pactado, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 181 del CT.

El segundo se producía si la terminación del contrato se daba cuando ya se había convertido en indefinido, y era procedente únicamente cuando la empresa daba por terminado el contrato de trabajo, sin causa legal. En este caso, el art. 185 del CT estableció que la empresa estaba obligada a pagar a la persona trabajadora, por concepto de bonificación, el equivalente al 25% de la remuneración mensual, por cada uno de los años de servicio prestados. Esto sin tener en cuenta la indemnización por despido intempestivo o injustificado, que se encontraba contemplada en el art. 188 del CT.

Las indemnizaciones explicadas nos permiten advertir que en el contrato a plazo fijo la estabilidad era una garantía que se cumplía cabalmente, tanto para la empresa como para el trabajador; es decir, la voluntad de las partes respecto al tiempo de duración del contrato era un elemento esencial en esta modalidad contractual, por lo que, si una de las partes la transgredía, estaba obligada a indemnizar a la otra.

A nuestro modo de ver, esta modalidad contractual, pese a estar catalogada como precaria, no cumplía con los requisitos necesarios para considerarla de esta manera, ya que no contemplaba menores salarios o condiciones de trabajo, y tampoco restringía el acceso a derechos laborales, así como tampoco abarataba los costos de despido, ya que son exactamente iguales que para el contrato indefinido.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta modalidad contractual fue derogada por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, vigente desde el 20 de abril de 2015, que reformó el CT.

En la exposición de motivos de esta ley, se justificó la eliminación de esta modalidad en dos artículos de la CRE: el art. 284, que señala que la política económica tendrá como objetivo impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales, así como mantener la estabilidad económica, entendida con el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo; y el art. 276, que contempla los objetivos del régimen del desarrollo, entre los que se encuentran la generación de trabajo digno y estable.

Desde nuestro punto de vista, la exposición de motivos de la ley no aporta elementos objetivos que nos permitan entender la eliminación de esta modalidad contractual. Si

bien se hace referencia a las disposiciones constitucionales, antes señaladas, lo cierto es que no se explica, en el caso puntual, cuál es el fundamento esencial que justifique su derogatoria, respecto a otras que también son temporales y que no fueron afectadas por esta reforma.

El CT prevé una gran cantidad de modalidades contractuales que también son de carácter temporal: el contrato por obra cierta, por tarea o a destajo, eventual y ocasional. Estos no son materia central de este análisis, pero nos referiremos de forma sucinta, con el objeto de poderlos comparar con el contrato a plazo fijo.

El contrato por obra se divide en dos modalidades: la primera es el contrato por obra cierta, regulado en el primer párrafo del art. 16 del CT, cuyo objeto consiste en la ejecución de una labor determinada a cambio de una remuneración que comprende la totalidad de esta, sin considerar el tiempo que se invierta en ejecutarla. La segunda es el contrato por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, regulado en el art. 16.1 del CT, cuyo objeto es la realización de una obra o servicio dentro del giro del negocio.

En ambos casos, el contrato de trabajo termina una vez que se haya concluido la obra para la que fue contratada. Estamos ante un contrato de duración temporal, que en principio no garantiza el pleno empleo y al que no le afectó la ley en estudio.

El contrato por tarea está regulado en el segundo párrafo del art. 16 del CT, cuyo objeto consiste en la ejecución de una determinada cantidad de obra o trabajo, en la jornada o en un periodo de tiempo previamente establecido. Por lo tanto, concluye el contrato cuando la tarea ha sido ejecutada en su totalidad, lo cual también le convierte en un contrato temporal. Tampoco fue afectado por la ley en estudio.

El contrato a destajo, regulado en el tercer párrafo del art. 16 del CT, procede para aquel trabajo que se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie o unidades de obra, en el que la remuneración se fija para cada una de ellas, sin tener en cuenta el tiempo invertido en su ejecución. Si analizamos esta modalidad contractual, podemos advertir que estamos frente a un contrato temporal, cuyo plazo de duración está supeditado a la ejecución del trabajo encomendado. Tampoco le afectó la reforma de 2015.

La modalidad contractual eventual, de conformidad con el art. 17 del CT, está prevista para satisfacer necesidades circunstanciales de la empresa, tales como el reemplazo

de personal o situaciones similares. Esta modalidad también es temporal, ya que su tiempo de duración no puede exceder de los 180 días, continuos o discontinuos, en un año.

Por último, tenemos al contrato ocasional, regulado en el segundo párrafo del art. 17 del CT, en el que se ha establecido que procede para atender necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual de la empresa, y cuya duración no podrá exceder 30 días en un año.

En el caso del contrato ocasional o eventual, pese a que son temporales, se ha previsto que el sueldo o el salario que se pague a la persona trabajadora tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador; es decir, estamos ante dos modalidades contractuales que conceden un mayor beneficio remunerativo para la persona trabajadora, aunque no goce de estabilidad.

Estas cinco modalidades contractuales satisfacen diferentes necesidades de la empresa y comparten la característica de ser temporales, ya que están sujetos a periodos de duración fijo. Estamos ante contratos que no garantizan la estabilidad de la persona trabajadora. Además, la ley no ha previsto las instituciones de la tácita reconducción o limitación del periodo de prueba para garantizar su estabilidad.

La reforma de 2015 que se produjo con la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar no generó ninguna afectación a estas modalidades contractuales, lo que a nuestro modo de ver no concuerda con los fundamentos enunciados en la exposición de motivos, hasta llegar a ser contradictorios.

Por una parte, en la exposición de motivos de la ley se sustenta en la eliminación del contrato a plazo fijo, en disposiciones constitucionales de carácter económico encaminadas a conseguir un empleo pleno y digno; por el contrario, únicamente elimina una de las seis modalidades contractuales temporales previstas por la legislación laboral. Esto sin tener en cuenta que el contrato a plazo fijo era la modalidad contractual que más garantizaba el acceso a los derechos laborales. Además, consistía en un paso previo a que el contrato se convirtiera en indefinido.

Una vez que hemos analizado al contrato a plazo fijo, las diferencias con otros contratos temporales, así como la exposición de motivos de la ley que lo derogó, nos

quedan por revisar algunas estadísticas proporcionadas por el Ministerio del Trabajo, que nos podrían aclarar el panorama fáctico que llevó a su derogatoria.

Para noviembre de 2014, el Ministerio de Trabajo (p. 2) informó de que el 60% de los contratos celebrados en el Ecuador eran a plazo fijo, convirtiéndose en la modalidad contractual más aplicada, en comparación con el contrato a plazo indefinido, que era de apenas el 4%. El 36% restante estaba distribuido en otras modalidades contractuales<sup>360</sup>. De acuerdo con el INEC en la Encuesta de Empleo, Subempleo y Desempleo de 2014 a 2018 (pp. 5-7), el empleo pleno registró su nivel más alto en 2014 con 3,5 millones de personas. Para diciembre de 2018 eran 3,2 millones de personas las que se encontraban en esta categoría<sup>361</sup>.

Estas cifras nos permiten determinar que la mayoría de las personas trabajadoras se encontraban bajo esta modalidad contractual. Pero su eliminación no repercutió de forma positiva en la generación de empleo pleno, ya que en el periodo comprendido entre 2014 a 2018 esta tasa disminuyó.

Por ende, consideramos que la eliminación del contrato a plazo fijo y la conservación de otras modalidades contractuales de naturaleza temporal fue una medida que pretendió generar un aumento en el empleo pleno, pero que no se logró. Además, a nuestro modo de ver, el contrato a plazo fijo, no es una modalidad que genere una precariedad laboral marcada, ya que estaba plenamente garantizado el acceso a los derechos laborales de las personas trabajadoras. La estabilidad era el único elemento que lo diferenciaba de un contrato a plazo indefinido. No obstante, como fue mencionado, anteriormente, el CT había previsto indemnizaciones especiales para cualquiera de las partes que transgrediera la estabilidad prevista en el contrato, lo cual garantizaba al menos el cumplimiento del plazo pactado.

Una vez que hemos analizado los principales cambios que se dieron a partir de la CRE de 2008, podemos concluir que el país pasó de un régimen laboral flexible a un régimen laboral rígido, en el que cada reforma ha sido pensada para dotar una mayor protección a la persona trabajadora. Hemos podido observar que los cambios normativos realizados no han generado un impacto sustancial en cuanto a la creación de empleo pleno y mucho menos en relación con la calidad del empleo. Esto refleja

---

<sup>360</sup> Estos datos se pueden consultar en el siguiente enlace:  
<https://www.elcomercio.com/actualidad/contratos-ecuador-plazo-fijo-cifras.html>

<sup>361</sup> Las cifras se pueden consultar en el siguiente enlace:  
<https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/31/nota/7260212/ley-laboral-mas-flexible-se-afina-gobierno>

que el origen del problema del desempleo y la mala calidad del trabajo no radica en la norma.

Por lo que respecta a la relación que existe entre la precariedad laboral y la incorporación del enriquecimiento injusto a la legislación ecuatoriana, consideramos que esta resulta evidente, en la medida en que, antes del 2006, las condiciones laborales de las personas trabajadoras bajo el régimen de descentralización productiva eran mucho menores que la del resto de trabajadores.

Este supuesto se podía ver con mas claridad en la intermediación laboral, debido a que era un mecanismo para generar una sustitución de la empleadora, por cuanto no atendía a ninguna necesidad objetiva de la empresa. De la misma manera, la precariedad laboral era evidente en la contratación por horas, ya que era una forma de evadir la contratación indefinida y restringir ciertos derechos a la persona trabajadora.

En estos casos, desde nuestro punto de vista se producía una explotación del hombre por el hombre, ya que la empresa se beneficiaba del trabajo desempeñado por la persona trabajadora, a través de modalidades contractuales que no garantizaban un trabajo decente.

En este sentido, debemos aclarar que el enriquecimiento que se generaba por parte de la empresa era injusto, ya que sería incorrecto catalogarlo como sin causa, debido a que sí existía un vínculo jurídico que lo facultara. Por ello, estamos frente a un enriquecimiento injusto como principio general del derecho, aplicado a la relación laboral, en el que se busca evitar que la relación jurídica sea construida, poniendo en condiciones desiguales a las partes, y que se evidencian en sus resultados.

A nuestro modo de ver, el desequilibrio en la relación jurídica de trabajo es mucho más claro cuando existen procesos de descentralización productiva mal regulados, como en el caso de la intermediación laboral o la descentralización de actividades complementarias, vigentes hasta el 2008, ya que estas modalidades estaban concebidas para generar inestabilidad, inseguridad a las personas trabajadoras, así como para impedir el acceso a ciertos derechos. En este sentido, resulta evidente que las consecuencias jurídicas derivadas de estas modalidades de contratación generaban un detrimento patrimonial para una de las partes contratantes, ya que no permitía que ciertos derechos formaran parte de su patrimonio.

Por su parte, consideramos que el legislador constituyente incorporó el enriquecimiento injusto en materia laboral pensando únicamente en los mecanismos de descentralización productiva. A lo largo de este trabajo hemos podido identificar un sinnúmero de supuestos que no están relacionados con el *outsourcing*, pero en los que se configura esta figura.

Por lo expuesto, podemos concluir que, pese a que el enriquecimiento injusto fue incorporado como un principio general del derecho, cuyo objetivo era evitar que se produjera un desequilibrio en la relación laboral, que se viera reflejado en el patrimonio del otro, lo cierto es que únicamente ha quedado como un referente del *deber ser* y, en el mejor de los escenarios, como una acción subsidiaria respecto de los reclamos que las personas trabajadoras pudieran promover contra los incumplimientos en que incurre la empleadora. No obstante, al no haber una regulación inferior que desarrolle, desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, la aplicación subsidiaria de esta acción la convierte en letra muerta.

#### **5.5. Descentralización productiva en España. Una revisión de ciertos aspectos relevantes de su regulación.**

En este epígrafe revisaremos dos aspectos importantes de la regulación de la descentralización productiva en España: el concepto de propia actividad y la cesión ilegal de personas trabajadoras. Hemos escogido estudiar en profundidad el concepto de propia actividad, ya que es elemento diferenciador entre la descentralización productiva en Ecuador y en España; y la cesión ilegal de trabajadores, porque consideramos que es un claro supuesto en el que se configura el enriquecimiento injusto.

Como antecedente, debemos señalar que en España la descentralización productiva es un fenómeno al que se lo conoce con el término *subcontratación*, cuando el derecho laboral regula las relaciones jurídicas que en él se producen. La subcontratación, según Fernández Sánchez (1995, p. 149), Conde Sánchez (2015, p. 148), White y James (2000, p. 15) y García Viña (2002, pp. 405-433), es una relación contractual en la que una empresa auxiliar denominada *contratista* realiza una obra o presta un servicio con sus propios trabajadores a una empresa principal, que asume a su vez la obligación de pagar un precio cierto.



De la misma manera, podemos encontrar que la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, ha definido en el art. 3 h) la subcontratación como una práctica mercantil de organización productiva en la cual un contratista encarga a un subcontratista parte de las actividades que a él se le han encomendado.

Las definiciones expuestas nos llevan a sostener que, en esencia, la descentralización productiva en España y Ecuador están concebidas en términos similares, sin perjuicio de que se utilicen diversas figuras jurídicas para llevarlas a cabo. En el caso de Ecuador, revisamos que la descentralización productiva antes del 2008 se instrumentalizaba a través de la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios y la contratación por horas. Posterior al 2008, únicamente con la prestación de servicios complementarios.

En el caso de España, la descentralización productiva se puede dar a través de varias figuras: las contratas y subcontratas, los grupos de empresas<sup>362</sup>, la transmisión de empresas<sup>363</sup>, las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT), las empresas de gestión integral o multiservicios<sup>364</sup> e, incluso, el trabajo autónomo<sup>365</sup>. En este epígrafe no profundizaremos respecto a la regulación específica de cada una de ellas, pero para analizar correctamente el concepto de propia actividad debemos referirnos brevemente a las contratas y las subcontratas. En este mismo sentido, al estudiar la cesión ilegal de personas trabajadoras mencionaremos de forma sucinta algunos aspectos relevantes de la regulación a las ETT.

### 5.5.1. Propia actividad

Antes de adentrarnos en el análisis del concepto de propia actividad, debemos tener claro en el contexto jurídico en el que se produce. La propia actividad es un elemento

---

<sup>362</sup> Los grupos de empresas son definidas por Aragón Medina (1994, p. 25) como un conjunto de empresas integradas en múltiples unidades operativas que desarrollan distintas actividades con relación entre sí y que cuentan con una jerarquía de dirección integrada, con capacidad de control y asignación de recursos en el conjunto del grupo.

<sup>363</sup> La transmisión de empresas o cesión de empresas está regulada en el art. 44 del ET, cuya finalidad consiste en asegurar la continuidad de los contratos de trabajo, de manera que el cambio de la persona titular de la empresa no perjudique a la persona trabajadora.

<sup>364</sup> Las empresas de gestión integral tienen como principal característica la versatilidad de su objeto social, por lo que está en aptitud de ofrecer diversos servicios integrados en la misma actividad comercial que desempeñan.

<sup>365</sup> El trabajo autónomo según Sangueti Raymond (2006, p. 72) es una forma de descentralización productiva en la que la persona trabajadora autónoma presta sus servicios ya no en condiciones de independencia con sus clientes, sino vinculado de manera permanente o exclusiva con determinadas empresas mediante una relación más o menos estable y duradera, que está caracterizada por una fuerte dependencia económica.

que se desprende del mecanismo de descentralización productiva de contrata y subcontratas, las que en opinión de Martín Valverde (1982, p.236) son el instrumento emblemático de la descentralización productiva en España.

La doctrina laboral representada por Briones González (1998, p.120), López Sánchez (2003, p. 277), Montoya Medina (2004, p.53) y Gala Durán (2010, p.13) sostienen que la contrata y la subcontrata son dos modalidades contractuales a las que se les engloba bajo una misma expresión genérica, *subcontratación de obras y servicios*, la cual se utiliza para referirse a la operación en la que una empresa confía a otra la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios.

De la misma manera, afirman que este instrumento es utilizado, en su mayoría, para descentralizar actividades convencionales de la empresa, como la limpieza, la seguridad y la vigilancia y el mantenimiento de las instalaciones y los equipos. No obstante, existen otras actividades especializadas y complejas que también puede ser objeto de descentralización por medio de estas figuras: los servicios informáticos, los servicios de ingeniería y los procesos de logística.

De acuerdo con el art. 42 del ET, el requisito necesario que se debe satisfacer en la subcontratación consiste en que las obras o servicios contratados o subcontratados sean de la propia actividad de la empresa principal. Esto nos pone frente a un elemento que delimita el objeto de protección legal del trabajo en régimen de subcontratación laboral.

La expresión «de propia actividad», pese a estar presente en el art. 42 del ET, en el art. 168 de la LGSS y en el art. 24.3 de la LPRL, no se encuentra definido por ninguna de ellas, de manera que se ha convertido en un concepto indeterminado dentro de la legislación española.

La doctrina y la jurisprudencia han centrado sus esfuerzos en establecer el contenido y el alcance de esta expresión, la cual desde nuestro punto de vista ha sido interpretada de tres formas distintas: la interpretación restrictiva, la interpretación extensiva y la interpretación intermedia o ecléctica.

#### **5.5.1.1. Interpretación restrictiva**

La interpretación restrictiva ha asemejado a la propia actividad como la misma actividad de la empresa principal. Parte de la doctrina laboral, representada por Pérez

de los Cobos (1990, p. 31), Gorelli Hernández (2007, p. 234), Cruz Villalón (1992, p.129), concuerda con esta interpretación. Establecen que existe una identidad entre la actividad que realiza la empresa principal y la empresa contratista, de manera que únicamente procede en aquellos casos en los que se produzca una coincidencia total entre ambas actividades.

Este tipo de interpretación del concepto de propia actividad excluye todas las actividades auxiliares o complementarias de la empresa principal, porque no guardarían relación entre la actividad de la empresa contratista y la empresa principal.

Si esto lo relacionamos con las disposiciones contenidas en el art. 42 del ET, estaríamos ante un escenario en el cual la responsabilidad solidaria, prácticamente, se perdería.

Entre los principales críticos de esta interpretación se encuentran Llano Sánchez (1994, p.67) y Soriano Cortés (2007, p.107), quienes consideran que esta se aleja de la naturaleza de la descentralización productiva, ya que ha sido concebida como un mecanismo que tiende a la especialización de funciones. Si se aplica este tipo de interpretación al concepto de propia actividad, sería prácticamente imposible hacer una distinción entre la actividad que realiza la contratista y la que realiza la principal. Además, no existiría una necesidad técnica por parte de la empresa principal que justificase la contratación de un tercero para el desempeño de la misma actividad.

Esta forma de interpretación la hemos podido encontrar en algunos criterios judiciales aislados, entre los que se encuentran la Sentencia del TSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995<sup>366</sup>, la STSJ de Galicia de 11 de octubre de 1994<sup>367</sup>, y a la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1995<sup>368</sup>. En estos pronunciamientos sostienen que la obra o servicio contratado debe tener una conexión negocial con el objeto propio de la contratista, de manera que coincidan las labores esenciales de ambas, es decir, que las funciones que componen la sustancia de la empresa principal sean las mismas que las que realiza la auxiliar.

Por el contrario, el Tribunal Central de Trabajo español, en la Sentencia de 11 de mayo de 1988<sup>369</sup>, rechazó esta forma de interpretación porque estimó que el hecho de considerar a la propia actividad como la misma actividad constituye una «(...)estrechez

---

<sup>366</sup> STSJ AND s/n, Sala de lo Social, 4 de julio de 1995, R. no. 2757/1995, Ponente: s/n

<sup>367</sup> STSJ GAL s/n, Sala de lo Social, 11 de octubre de 1994, R. no. 3905/1994, Ponente: s/n

<sup>368</sup> STSJ CAT s/n, Sala de lo Social, 21 de abril de 1995, R. no. 1596/1995, Ponente: s/n

<sup>369</sup> RTCT s/n, Tribunal Central de Trabajo, 11 de mayo de 1988, R. no. 1988,880, Ponente: s/n

hermenéutica se opone al verdadero sentido de la norma en cuestión y no cuenta, por tanto, con soporte alguno, doctrinal y jurisprudencial, siendo notorio que, de admitirla, se haría prácticamente inaplicable el precepto estatutario de referencia».

Los argumentos vertidos por las sentencias señaladas nos permiten inferir que la intención del legislador en el momento de imponer las responsabilidades, previstas en el art. 42 a las empresas participantes en la subcontratación, respondía a que el concepto de propia actividad no era sinónimo de la misma actividad, sino que debía existir una diferencia entre ellas.

En este sentido, si comparamos esta forma de interpretar el concepto de propia actividad con una de las figuras de descentralización productiva en Ecuador, podemos encontrar que existe una semejanza con la intermediación laboral. En la intermediación laboral, vigente hasta 2008, la empresa principal estaba facultada para descentralizar cualquier actividad, ya sea que formara o no parte de su proceso productivo, lo que, como señalábamos anteriormente, no respondía a ninguna necesidad técnica.

En el caso de España, interpretar la propia actividad como la misma actividad, a nuestro modo de ver, desnaturaliza la descentralización productiva, ya que estas figuras podrían convertirse en un mecanismo de sustitución de la empleadora, tal y como ocurrió en Ecuador.

#### **5.5.1.2. Interpretación extensiva**

En esta interpretación la propia actividad está dada en función del nexo, directo o indirecto, que exista entre la actividad objeto de la contrata y el ciclo productivo de la empresa principal. El ciclo de producción de la empresa, según Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2006, p.136), Monereo Pérez (2001, p.79) y Martín Valverde (1988, p.242), consiste en operaciones complejas que son necesarias para alcanzar los objetivos de la producción o intercambio de bienes y servicios, que son el fin de la empresa.

Estos autores utilizan como criterios diferenciadores de la propia actividad la sustituibilidad y la indispensabilidad de las actividades.

El criterio de sustituibilidad es un elemento que permite verificar que, si no existiera una subcontratación, la empresa principal estaría obligada a realizar estas actividades

utilizando su propia organización productiva; es decir, no sería posible cumplir la específica actividad empresarial, si no se ejecuta por el principal, con su propio personal.

En este sentido, debe existir un vínculo entre las actividades subcontractadas con las actividades propias del ciclo productivo de la empresa principal. Resulta claro que para poder identificar la relación entre el objeto de la contrata y la propia actividad de la empresa principal bastaría con demostrar la posible asunción de parte de la actividad de la contrata y la comprobación de una conexión funcional con su fin productivo.

Si analizamos el contenido del art. 42 en función de este criterio, se puede advertir que la responsabilidad solidaria sería aplicable para todas aquellas obras o servicios en los que se pueda advertir una identidad material en las actividades que conforman el ciclo productivo de la empresa principal. Por ello, únicamente quedarían excluidas aquellas que sean completamente ajenas al ciclo productivo de la empresa principal.

El criterio de indispensabilidad versa sobre que las actividades propias de la empresa principal no son solo las catalogadas como principales o que forman parte integrante del ciclo productivo, sino todas aquellas que le son imprescindibles. De acuerdo con este criterio, las actividades que quedarían comprendidas serían aquellas que de forma directa o indirecta ayuden a lograr su finalidad productiva.

En este sentido, formarían parte de la propia actividad no solo las actividades esenciales, sino también aquellas complementarias que sean necesarias para el cumplimiento del fin productivo de la empresa. Entre estas actividades podríamos encontrar las de limpieza, mantenimiento, reparación o vigilancia.

Realizar una interpretación amplia del concepto de propia actividad permite una aplicación extensiva de la responsabilidad solidaria, en la que se verían beneficiadas todas aquellas personas trabajadoras involucradas en contrataciones de actividades complementarias o accesorias.

La interpretación amplia del concepto de propia actividad, según Martín Valverde (1988, p. 265), Monereo Pérez (2001, p.84) y Montoya Medina (2004, p. 122), también encuentra sustento en el beneficio que tiene la empresa principal del trabajo que realizan las personas trabajadoras, lo cual es propio de la justicia comunitaria en la que se inspiró la creación del régimen de responsabilidad solidaria presente en el art. 42 del ET.

Respecto a los pronunciamientos judiciales que han acogido este criterio, podemos encontrar a la Sentencia del TSJ Madrid de 2 de abril de 1991<sup>370</sup>, TSJ Navarra del 14 de abril de 1994<sup>371</sup> y TSJ Asturias del 20 de febrero de 2004<sup>372</sup>.

Las críticas a esta forma de interpretación también se han hecho presentes por otra parte de la doctrina laboral, representada por Gorelli Hernández (2007, p. 234), López Terrada y Nores Torres (2010, p. 444), quienes consideran que la construcción normativa del art. 42 del ET no da cabida a una interpretación extensiva, en la medida en que el legislador condiciona la responsabilidad solidaria para cierto tipo de contratas. En este sentido, opinan que la intención del legislador no fue extender la responsabilidad solidaria para todo tipo de contratas, ya que, si así hubiera sido, no se habría incorporado la expresión de propia actividad en el enunciado.

Otra de las críticas consiste en que, si se aplica este criterio extensivo, la sustituibilidad conduciría a la exclusión de actividades especializadas, que aun y cuando pertenezcan al ciclo productivo de la empresa principal, esta no puede realizarlas por propios medios, ya sea por falta de capacidad técnica o económica, de manera que se ve obligada a contratarlas a un tercero.

En cuanto a esta forma de interpretar el concepto de propia actividad, no hemos podido encontrar, salvo error u omisión de nuestra parte, ninguna similitud con la descentralización productiva en Ecuador.

### **5.5.1.3. Interpretación intermedia o ecléctica**

La tercera es la interpretación ecléctica o intermedia, que está encaminada a relacionar la propia actividad con la esencialidad de la actividad de la empresa principal.

Esta forma de interpretar la propia actividad nació de la doctrina fijada por el TS español en las Sentencias de 18 de enero de 1995<sup>373</sup> y 29 de octubre de 1994<sup>374</sup>, en las que forman parte de la propia actividad las tareas que integran el ciclo productivo

---

<sup>370</sup> STSJ M 4588/1991, Sala de lo Social, 2 de abril de 1991, R. No. 2583, Ponente: s/n

<sup>371</sup> STSJ NV 1397/1994, Sala de lo Social, 14 de abril de 1994, R. No. s/n, Ponente: s/n

<sup>372</sup> STSJ AS 976/2004, Sala de lo Social, 20 de febrero de 2004, R. no. 3830/2002, Ponente: José Alejandro Criado Fernández

<sup>373</sup> STS 127/1995, Sala de lo Social, 18 de enero de 1995, R. de casación para unificación de doctrina no. 150/1994, Ponente: José Antonio Somalo Giménez.

<sup>374</sup> STS s/n, Sala de lo Social, 29 de octubre de 1994, R. de casación para unificación de doctrina no. s/n, Ponente: s/n.

de la empresa principal y las complementarias o accesorias que sean esenciales para el desarrollo de la actividad principal de la empresa.

La doctrina expuesta se consolidó en las Sentencias del 20 de julio de 2005<sup>375</sup>, 11 de mayo de 2005<sup>376</sup>, 24 de noviembre de 1998<sup>377</sup>, 22 de noviembre de 2002<sup>378</sup>, en las cuales se ha determinado que la expresión propia actividad se refiere a las actividades inherentes a su ciclo productivo, a la que se le puede entender como: «(...) las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial».

En esta doctrina, se utilizó como criterio diferenciador el de inherencia, a partir del cual forman parte de la propia actividad aquellas actividades que son connaturales con la producción de bienes y servicios específicos que se prestan al público o que se colocan en el mercado.

El fundamento de la inherencia fue también explicado por el TS español en las Sentencias de unificación de doctrina dictadas el 29 de octubre de 1998<sup>379</sup>, 27 de octubre de 2000<sup>380</sup>, 21 de febrero de 2018<sup>381</sup>, que establecen:

«(...) a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata».<sup>382</sup>

Este criterio toma elementos de las otras formas de interpretación, pero concluye que dentro de la propia actividad se encuentran las actividades principales y las actividades complementarias, pero que sean esenciales para el desarrollo de la empresa.

---

<sup>375</sup> STS 5043/2005, Sala de lo Social, 20 de julio de 2005, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2160/2004. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

<sup>376</sup> STS 2999/2005, Sala de lo Social, 11 de mayo de 2005, R. de casación para la unificación de doctrina No. 4162/2003. Ponente Juan Francisco García Sánchez.

<sup>377</sup> STS 6980/1998, Sala lo Social, 24 de noviembre de 1998, R. de casación para la unificación de doctrina no. 517/1998. Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

<sup>378</sup> STS 7792/2002, Sala de lo Social, 22 de noviembre de 2002, R. de casación para la unificación de doctrina no. 3904/2001, Ponente: Jesús Guillón Rodríguez.

<sup>379</sup> STS 6296/1998, Sala de lo Social, 29 de octubre de 1998, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1213/1998, Ponente: Antonio Martín Valverde.

<sup>380</sup> STS 7800/2000, Sala de lo Social, 27 de octubre de 2000, R. de casación para la unificación de doctrina no. 693/1999, Ponente: José María Botana López.

<sup>381</sup> STS 761/2018, Sala de lo Social, 21 de febrero de 2018, R. de casación para la unificación de doctrina no. 251/2018, Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

<sup>382</sup> Tomado de la STS 761/2018, Sala de lo Social, 21 de febrero de 2018, R. de casación para la unificación de doctrina no. 251/2018, Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

En la doctrina más actual del TS español encontramos que en las Sentencias de 23 de enero de 2020<sup>383</sup>, 15 de junio de 2017<sup>384</sup> y 15 de febrero de 2018<sup>385</sup>, se sigue sosteniendo el criterio respecto a que forman parte del concepto de propia actividad, aquellas actividades inherentes que forman parte del ciclo productivo, es decir, aquellas nucleares de la comitente. En este mismo sentido también se establece la distinción entre actividades inherentes (forman parte del ciclo productivo), de aquellas que, sin pertenecer a esta categoría, también sean necesarias para realizar la actividad.

En este sentido, Del Rey Guanter (2001, p.21) sostiene que clasificar las actividades como inherentes respecto de las indispensables deviene más restrictivo, en la medida en que únicamente son las actividades que forman parte del núcleo del ciclo productivo y las complementarias que sean esenciales para su desarrollo, quedando automáticamente excluidas aquellas otras complementarias no esenciales.

Una vez que hemos analizado los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que sostienen que la interpretación intermedia o ecléctica es la idónea al hablar del concepto de propia actividad, podemos concluir que no todas las actividades pueden ser objeto de subcontratación. La clave para diferenciarlas radica en que forme parte de su actividad productiva, así como la habitualidad con la que se realizan; es decir, si la principal es una empresa que se dedica a la fabricación de prendas de vestir, las actividades sujetas a subcontratación podrían ser el teñido de tela, el corte de tela, el pegado de botones, entre otras; mientras que aquellas que no deberían ser consideradas como propia actividad serían aquellas de limpieza, mantenimiento, vigilancia, administración y similares.

Esta forma de interpretar el concepto de propia actividad es el que genera una diferencia sustancial con la descentralización productiva en Ecuador. Esta diferencia radica en que en Ecuador las actividades que podían ser objeto de tercerización (antes de 2008) y de contratación de actividades complementarias (después de 2008) son de tipo complementarias no inherentes al proceso productivo de la principal. De ahí que resulta evidente que esta figura no estaría permitida en la legislación española.

---

<sup>383</sup> STS 562/2020, Sala de lo Social, 23 de enero de 2020, R. de casación para unificación de doctrina no. 2332/2017, Ponente: Sebastián Moralo Gallego

<sup>384</sup> STS 1713/2017, Sala de lo Social, 15 de junio de 2017, R. de casación para unificación de doctrina no. 972/2016, Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

<sup>385</sup> STS 586/2018, Sala de lo Social, 15 de febrero de 2018, R. de casación para unificación de doctrina no. 2092016, Ponente: Sebastián Moralo Gallego



### **5.5.2. Cesión ilegal de personas trabajadoras**

Otro de los fenómenos que ocurre en la descentralización productiva en España es la cesión ilegal de trabajadores. Se sitúa en la modalidad de descentralización productiva que se realiza por medio de las ETT. Antes de explicar en qué consiste es necesario mencionar, brevemente, qué son las ETT y qué alcance tienen.

Las ETT fueron reconocidas en la legislación española por primera vez mediante el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, de 3 de diciembre de 1993. Posteriormente, fueron reguladas por la Ley 14/1994, de 1 de junio.

El art. 1 de la Ley 14/1994 define a las ETT como aquellas «(...) cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados». No obstante, después de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se estableció que estas no solo se limitaban a ser proveedores de trabajo temporal, sino que también podían realizar una intermediación laboral y colocación de empleo en las empresas usuarias.

La actividad de intermediación laboral consiste en una relación jurídica triangular, en la cual la ETT pone a disposición a favor de la empresa usuaria una parte de las personas trabajadoras. Esta puesta a disposición debe cumplir ciertos requisitos para que sea válida, ya que existen ciertos supuestos en los que se puede convertir en una cesión ilegal de trabajadores.

El art. 43.1 del ET permite la contratación de personas trabajadoras para cederlos temporalmente a otra empresa siempre que este acto sea realizado por una ETT, debido a que se pretende eliminar a aquellos intermediarios de mano de obra que buscan únicamente el lucro a través de una cesión o préstamo. Esto, a nuestro modo de ver, hace que el ser humano se convierta en una mercancía.

Ahora bien, el art. 43.2 del ET ha previsto que la cesión ilegal de personas trabajadoras se produce cuando la única actividad de la empresa cedente consista en suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio, de manera que no tiene actividad u organización propia y estable, y tampoco tiene los medios necesarios para ejercer las funciones inherentes a su condición de empleadora.

Por su parte, Gullón Rodríguez (2014, pp. 615, 616) sostiene que, para que se lleve a cabo una cesión ilegal de personas trabajadoras, se debe producir una interposición de varios negocios jurídicos, que al final terminan siendo actos jurídicos aparentes, propios de una simulación:

- i. Un acuerdo entre el empresario real y formal, de manera que el empresario formal provea al empresario real las personas trabajadoras. El punto clave es que el empresario real no asume la posición de empleado.
- ii. Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.
- iii. Un contrato efectivo de trabajo entre este y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.

El uso de estos contratos simulados genera que la cesión ilegal sea confundida con la subcontratación; sin embargo, existen varios pronunciamientos dictados por el TS español que permiten establecer la diferencia entre ellos.

El TS español, en reiterada doctrina, contenida en las Sentencias de 7 de marzo de 1988<sup>386</sup>, 14 de febrero de 2011<sup>387</sup> y 15 de febrero de 2011<sup>388</sup>, ha establecido ciertos criterios de valoración a través de los que se pueden detectar si estamos frente a una cesión ilegal o una subcontratación: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto y la aportación de medios de producción.

La justificación técnica de la contrata guarda estrecha relación con la autonomía de su objeto, ya que a través de estas se pretende desvelar si la actividad realizada por la empresa auxiliar es diferente de la que realiza la empresa principal, o si esta se agota en el suministro de mano de obra. Respecto a la aportación de los medios de producción, se debe analizar si se ha provisto los útiles y los instrumentos para la realización del trabajo.

Estos criterios son únicamente indicios que permiten tener una noción respecto a si existe una cesión ilegal de personas trabajadoras o una subordinación. Pero estos criterios no son los únicos que el TS español ha dictado, ya que en la doctrina

---

<sup>386</sup> STS 1604/1988, Sala de lo Social, 7 de marzo de 1988, R. de casación no. 274. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

<sup>387</sup> STS 994/2011, Sala de lo Social, 14 de febrero de 2011, R. de casación no. 2083/2010, Ponente Jesús Souto Prieto.

<sup>388</sup> STS 811/2011, Sala de lo Social, 15 de febrero de 2011, R. de casación no. 2097/2010, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

contenida en las Sentencias del 12 de septiembre de 1988<sup>389</sup>, 16 de febrero de 1989<sup>390</sup>, 17 de enero de 1991<sup>391</sup> y 19 de enero de 1994<sup>392</sup>, se hace mención a que el ejercicio de los poderes empresariales por parte de la empresa que presta el servicio y la realidad empresarial del contratista, entendido como su estructura productiva, entendida como si esta ha puesto en juego o no su organización, también sirven como elementos determinantes.

Estos criterios dieron una noción en cuanto a los elementos de valoración para determinar si el hecho en cuestión se trataba de una cesión ilegal de personas trabajadoras o de una subcontratación. No obstante, la Sentencia del TS de 30 de mayo de 2002<sup>393</sup> desarrolla la doctrina del empresario efectivo como mecanismo para trazar esta línea divisoria entre ambas figuras. En esta se debe ponderar el desempeño de la posición inicial empresarial, no de manera general, sino en relación con el trabajador concreto que la solicita, esto es, que las empresas contratistas sean quienes ejerzan la posición de empleadores o empresarios, es decir, que se encarguen de obras o servicios en los que aporte con elementos personales y materiales propios de su estructura empresarial, y no solo con el suministro de mano de obra.

En el mismo sentido, la empresa contratista debe ejercer el poder de dirección y asumir sus responsabilidades laborales con las personas trabajadoras en materia individual y con la Seguridad Social. Es importante recalcar que, debido a la variedad de actividades que puede desarrollar una empresa, resulta indispensable que el análisis del concepto de propia actividad se realice de manera individual, teniendo en cuenta cada una de las circunstancias.

En la opinión doctrinaria de Pedrajas Moreno (2002, p. 226), la cesión ilegal de personas trabajadoras es un ilícito contractual, porque afecta a dos aspectos medulares del trabajador: el primero respecto a que la dignidad del trabajador se ve

---

<sup>389</sup> STS 6126/1988, Sala de lo Social, 12 de septiembre de 1988, R. de casación no 1333, Ponente Juan Antonio del Riego Fernández.

<sup>390</sup> STS 9534/1989, Sala de lo Social, 16 de febrero de 1989, R. de casación no. 188., Ponente Julio Sánchez Morales de Castilla.

<sup>391</sup> STS 134/1991, Sala de lo Social, 17 de enero de 1991, R. de casación no. 18, Ponente Rafael Martínez Emperador.

<sup>392</sup> STS 104/1994, Sala de lo Social, 19 de enero de 1994, R. de casación no. 3400/2012. Ponente Antonio Martín Valverde.

<sup>393</sup> STS 9052/2002, Sala de lo Social, 30 de mayo de 2002, R. de casación para unificación de doctrina no. 1945/2001, Ponente Antonio Martín Valverde. Esta Sentencia unifica los pronunciamientos de otras las Sentencias emitidas en este sentido como por ejemplo, la de 1 de julio de 1993 o de la de 12 de diciembre de 1997.

perjudicada, ya que a través de la cesión ilegal de personas trabajadoras se le está degradando a la condición de ser catalogado como una mercancía; el segundo consiste en que existe una vulneración de los derechos de la persona trabajadora, debido a que el verdadero titular de la empresa pretende eludir su posición de empleador.

Si se verifica que esta conducta está enmarcada en una cesión ilegal de trabajadores, existen ciertas sanciones de tipo administrativas o penales previstas para el efecto.

En el derecho administrativo sancionador, la cesión ilegal de personas trabajadoras también está presente en ciertas disposiciones del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS).

En primer lugar, podemos encontrar que el art. 8.2 de esta ley estableció como infracción grave la cesión de trabajadores que se haga en términos prohibidos por la legislación vigente. En segundo lugar, el art. 16 del mismo cuerpo legal, que prohíbe el ejercicio de cualquier tipo de actividad de intermediación laboral, si la ETT no está legalmente constituida y no cumple con los requisitos establecidos en la normativa. Esta conducta es considerada como una infracción muy grave.

En el mismo sentido, podemos encontrar al art. 18.3 de la LISOS, que cataloga como infracción muy grave propia de la ETT si esta realiza una cesión de trabajadores con contrato temporal o a otras empresas para posterior cederla a terceros.

Adecuar la conducta a cualquiera de estos supuestos genera como consecuencia la imposición de las multas correspondientes en función de la consideración de ciertos criterios establecidos en el art. 39.2 del mismo cuerpo legal, como son «(...) la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada».

Respecto a las infracciones administrativas laborales, Terrats Planell (1992, pp. 268 - 276) explica que estas acciones u omisiones no pueden ser objeto de sanción sin la existencia de un procedimiento que propone la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Con respecto al derecho penal, la cesión ilegal de personas trabajadoras es una conducta que se encuentra tipificada en el art. 312.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal (en adelante, CP español), que sanciona con una pena privativa de la libertad de hasta 5 años a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

En los supuestos en que tales infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, como es el caso que se está analizando, según Terrats Planell (1992, p. 269), la Administración deberá remitir el expediente al órgano competente y se abstendrá de continuar con el proceso sancionador mientras no exista una sanción en firme o la comunicación en firme por parte del Ministerio Fiscal de no iniciar o proseguir acciones por no haberse estimado la existencia del ilícito. Por ello, Salido Banús (2002, p. 493), apoyándose en la teoría general del derecho determina, que estas sanciones se tienen que aplicar de acuerdo con el principio general de *non bis in idem*, de manera que el Estado deberá escoger en función del caso cuál de las dos sanciones impone a los autores de este hecho.

Hasta este momento hemos podido determinar que la cesión ilegal de personas trabajadoras es un fraude a la ley que se instrumentaliza a través de varios contratos simulados, cuyo fin es deslindarse de la responsabilidad que acarrea ser un patrono. Queda claro que todos los contratos simulados deben ser declarados nulos, ya que carecen de causa. Además, tal conducta no solo puede generar sanciones laborales o administrativas, sino también de carácter penal. Una vez que esto ha quedado claro, también podemos advertir que el hecho de evitar ser considerado como patrono genera un enriquecimiento sin causa, ya que las personas trabajadoras no solo experimentan un daño patrimonial producto del incumplimiento de obligaciones por parte de su real empleador, sino que también son afectados porque son reducidos a mercancía que puede ser fácilmente cedida.

Una de las principales obligaciones que pretende evadir el titular de la empresa a través de la cesión ilegal de personas trabajadoras consiste en las responsabilidades solidaria y subsidiaria de las empresas participantes que se dan en la subcontratación, conforme se explicará brevemente a continuación.

La responsabilidad solidaria es una obligación prevista en el art. 42 del ET, en la que la empresa contratante responde de manera conjunta con el resto de las empresas intervinientes en el proceso de subcontratación, respecto de las obligaciones salariales

contraídas en el lapso de un año después de la terminación del servicio, así como respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

Ahora bien, el contratante tiene la posibilidad de liberarse de la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de la Seguridad Social, siempre que pueda demostrarlo por medio de una certificación emitida por la Administración (o transcurridos treinta días sin contestación de la Administración), en la que se acredite que las empresas de servicios con las que va a contratar se encuentran al día con el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Por ello, en el caso de España la simulación que se genera con el uso de la subcontratación para camuflar una cesión ilegal de personas trabajadoras refleja la intención de evadir las responsabilidades que como verdaderos titulares de las empresas adquirirían con sus trabajadores. Por esta razón, la jurisprudencia se ha visto en la ardua tarea de fijar elementos inequívocos que permitan dilucidar las verdaderas intenciones del titular de la empresa, lo que nos permite sostener que existe un enriquecimiento sin causa generado a través de un fraude a las personas trabajadoras y a la Seguridad Social.

Podemos concluir que, efectivamente, la simulación es un medio a través del cual se realiza el fraude de ley, aunque el fraude también se puede realizar de manera directa. Además, hemos podido llegar a determinar que tanto la simulación como el fraude en materia laboral pueden configurar un enriquecimiento sin causa, ya que en estos tampoco está presente el vínculo jurídico, ya sea por un contrato nulo o por una violación directa a la norma imperativa, que justifique el desplazamiento patrimonial que se produce.

Una vez que hemos analizado a la descentralización productiva en el Ecuador, podemos determinar que el problema de la precariedad laboral se incrementó sustancialmente a partir de 2004, con la expedición de la LRCTRILT, ya que la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas ocasionaron que las condiciones laborales de las personas trabajadoras se vieran afectadas sustancialmente.

La regulación de estas figuras de descentralización productiva no generó un impacto sustancial respecto a la reducción del desempleo, por lo que a nuestro criterio simplemente se convirtieron en instrumentos para abaratar los costos de la mano de

obra, y en ciertos casos para perjudicar deliberadamente los derechos de las personas trabajadoras contratados bajo estas modalidades.

En este sentido consideramos que el constituyente ecuatoriano realizó varios actos que fueron radicales, en la medida que promulgaron diversos mandatos constituyentes para brindar soluciones jurídicas para situaciones consideradas como prioritarias y que no podían esperar a que la Constitución se terminara de construir. Entre ellas estuvo el mandato constituyente n.º 8, que prohibió y eliminó la intermediación laboral, la tercerización de actividades y la contratación por horas.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que, posteriormente, en el texto de la CRE se haya incorporado al enriquecimiento injusto en materia laboral fue una forma complementaria de blindar el ordenamiento jurídico a fin de evitar que estas figuras pudieran volver a estar presentes en la legislación. El único mecanismo que se podría utilizar para incorporarlas a la legislación sería una reforma constitucional, en la que no solo estuvieran obligados a eliminar el apartado correspondiente a que la relación laboral será bilateral y directa, sino también eliminar el enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto circunscribe el análisis a que la causa de los contratos de trabajo no atendería a prestar un servicio a cambio de una remuneración, sino que sería para disminuir las condiciones laborales, lo que evidentemente transgrede todos los principios de las relaciones laborales.

En el caso de España el enriquecimiento injusto es una figura que está reconocida en el ordenamiento jurídico laboral de forma implícita en los principios de las relaciones laborales, de manera que no requiere, como en el caso de Ecuador, un reconocimiento expreso que sea la respuesta a la precariedad de la relación laboral, a causa de la descentralización productiva.

Es evidente que en caso de España y Ecuador existe una diferencia sustancial respecto al ámbito de aplicación de estas modalidades contractuales. En el caso de España no se permite la descentralización productiva de actividades ajenas a su actividad principal, mientras que en Ecuador es la única figura de descentralización productiva que sigue vigente, a través de la contratación de servicios complementarios.

## Resumen de la Segunda Parte

La segunda parte de este trabajo se dividió en tres capítulos en los que nos hemos centrado principalmente a analizar la figura del enriquecimiento injusto en el Derecho Laboral y a encontrar supuestos en los que sería factible que se produzca.

El tercer capítulo fue construido tomando como base los aspectos doctrinarios en los que se había estudiado al enriquecimiento injusto desde el Derecho Civil, esto es como principio general del Derecho, fuente de obligaciones y acción, y lo fuimos relacionando con diversos temas que son propios del Derecho Laboral, a fin de determinar su pertinencia en esta rama del Derecho.

El análisis inició a partir del enriquecimiento injusto como principio general del Derecho, en el que establecimos la relación que tiene con los principios propios del Derecho Laboral. De ahí, pudimos advertir que si bien la legislación española y ecuatoriana han utilizado diversos términos para referirse a ellos, lo cierto es que su contenido y ámbito de protección es prácticamente el mismo, llevándonos a concluir que no es necesario que se incorpore al enriquecimiento injusto como un principio independiente, ya que todos los principios presentes en la legislación laboral se fundan en él.

Posteriormente, analizamos si el enriquecimiento sin causa podía ser considerado como una fuente de obligaciones en el Derecho Laboral, y de ser el caso qué tipo de fuente sería. Para poder estar en aptitud de abordar esta interrogante primero nos referimos al contrato de trabajo como fuente principal de las obligaciones laborales, en el que sostuvimos que todas las obligaciones que se derivan del contrato no son susceptibles de ser subsumidas en un posible enriquecimiento sin causa, ya que todas ellas están amparadas por una relación jurídica que les dota de causa.

En este sentido, analizamos la posible relación que existiría entre la remuneración, como principal obligación de la persona titular de la empresa, y un posible enriquecimiento sin causa de su parte, a lo que llegamos a la conclusión de que si la remuneración que percibe la persona trabajadora es superior a los mínimos establecidos por la ley o por los convenios colectivos, no se podría afirmar que se ha producido un enriquecimiento sin causa, por más que desde el punto subjetivo se considere injusto. No obstante, desde el punto de vista jurídico esto no sería correcto, ya que la causa viene dada de la relación jurídica que une a trabajador y empleador.



Luego partimos del supuesto de que el enriquecimiento sin causa sí podía ser una fuente de obligaciones en el caso de que el contrato de trabajo fuera nulo o anulable, así como en el caso del precontrato de trabajo, de manera que debíamos centrarnos a determinar si esta figura tenía mayor relación con los cuasicontratos o si se podía llevar a considerarlo como una obligación extracontractual, a lo que sostuvimos que tenía mayor relación con los cuasicontratos, ya que la voluntad de las partes es un requisito necesario para entablar una relación de trabajo.

El último tema que abordamos en este capítulo fue el enriquecimiento injusto como acción en el Derecho Laboral, en el que hicimos referencia a diversos casos que habían sido objeto de pronunciamiento por parte de jueces mexicanos, ya que en este ordenamiento hemos encontrado la mayor cantidad de pronunciamientos judiciales en este sentido, salvo error u omisión de nuestra parte. De la misma manera, hemos podido comprobar que el ordenamiento jurídico mexicano, a la figura del enriquecimiento injusto, se le da el mismo trato que en los pronunciamientos realizados por jueces españoles, al referirse a la materia civil.

El cuarto capítulo nos centramos en analizar las diversas figuras que, al igual que el enriquecimiento injusto, eran susceptibles de ser sancionadas y penalizadas, tal como estaba previsto en el art. 327 de la CRE, a saber el fraude, la simulación, y el incumplimiento de obligaciones en materia laboral.

Al fraude y a la simulación laboral los estudiamos en el mismo apartado, ya que determinamos que todo acto de simulación laboral es fraude laboral pero no todo fraude laboral es simulación laboral, debido a que en el fraude podemos encontrar otro tipo de mecanismos para cometerlo; mientras que, en la simulación lo que ocurre es que se utiliza un acto aparente para disfrazar la realidad de la relación jurídica que han acordado las partes, encontrando como caso emblemático a contratación por horas en Ecuador. Por ello, en estos supuestos resulta posible adecuar un enriquecimiento sin causa, ya que su intención consistía en evadir las responsabilidades laborales, debido a que generaban mayores cargas legales y pecuniarias para las empresas.

En el caso del incumplimiento de obligaciones laborales pudimos determinar que estas siempre se encuentran dentro del marco de una relación contractual, de manera que las responsabilidades que estas pudieran generar siempre iban a estar dotadas de causa jurídica. Por ello, si bien el incumplimiento de obligaciones laborales está considerado como una transgresión a las disposiciones legales que genera un

desplazamiento patrimonial de una parte en perjuicio de la otra, lo cierto es que esto no es suficiente para poder hablar de un enriquecimiento sin causa, ya que están amparados en una relación jurídica válida y regulada por la ley.

Por último, en este capítulo hicimos un análisis del tipo penal de enriquecimiento privado no justificado, que se encuentra tipificado en el COIP de Ecuador y así determinar si este podía ser considerado como la sanción y penalización que refería el art. 327 de la CRE. No obstante, pudimos advertir que es un tipo penal con excesiva indeterminación, que no estaba contemplado como un delito contra las personas trabajadoras sino que protegía al régimen de desarrollo como bien jurídico, de manera que no sólo era inaplicable al enriquecimiento injusto en materia laboral, sino en general a cualquier conducta.

En esa virtud, consideramos que si bien el enriquecimiento injusto no es una conducta que debería ser sancionada por el Derecho penal, sino que debería quedarse en la esfera del propio derecho sancionador laboral y de la Seguridad Social, debido a que esto atenta contra el principio de mínima intervención penal, lo cierto es que propusimos la incorporación de un tipo penal específico que recoge las características propias del enriquecimiento injusto laboral, como alternativa.

En el quinto capítulo nos centramos a analizar a la precariedad laboral como principal fundamento utilizado por constituyente ecuatoriano, para incorporar al enriquecimiento injusto en el Derecho laboral, tomando como base a la aplicación de la descentralización laboral a través de la intermediación laboral, la tercerización de actividades y la contratación por horas.

En primer lugar observamos que en Ecuador, la CRE produjo un cambio sustancial en el Derecho laboral, ya que pasó de un sistema de contratación flexible a uno rígido, en el que antes de su promulgación, se permitían los contratos temporales, así como diversas figuras de la descentralización productiva; mientras que, después de la promulgación del mandato constituyente No. 8, se prohibió cualquier tipo de intermediación laboral, y se hicieron cambios profundos respecto a la regulación de la tercerización de servicios.

Una vez que habíamos estudiado todos estos temas nos enfocamos en compararlo con tres aspectos puntuales de la regulación de la descentralización en España, y concluimos que este país cuenta con disposiciones mucho más proteccionistas para la persona trabajadora, y que si bien las personas trabajadoras se encuentran en una

situación de precariedad laboral, lo cierto es que el legislador ha hecho muchos esfuerzos, a nivel comunitario e internacional para asegurar sus derechos.

### **Conclusiones y propuestas finales**

La principal interrogante propuesta en este trabajo de investigación consistió en determinar si el enriquecimiento injusto, como figura propia del derecho civil patrimonial, podía ser aplicable en el derecho laboral, teniendo en cuenta dos consideraciones:

- El Derecho del Trabajo y de la Seguridad social es, principalmente, de carácter tuitivo.
- El enriquecimiento injusto en materia laboral fue incorporado en la Constitución del Ecuador promulgada en octubre de 2008 como una conducta prohibida dentro de las relaciones laborales.

El desarrollo del presente trabajo de investigación fue una ardua tarea, ya que, si bien es cierto en el derecho civil patrimonial existe una basta cantidad de estudios doctrinarios, así como pronunciamiento judiciales, lo cierto es que desde la óptica del derecho laboral no pudimos encontrar mayor literatura, por lo que nos vimos en la compleja labor de tener que construir el enriquecimiento injusto en materia laboral a partir del desarrollo que existe en el derecho civil patrimonial.

1. En términos generales, debemos partir de la premisa de que el enriquecimiento injusto es una institución que, si bien tuvo origen en el derecho civil patrimonial, lo cierto es que tiene un amplio espectro de aplicación en la mayoría de las ramas del derecho, de tal suerte que no resulta extraño que, actualmente, lo encontremos presente en el derecho laboral o en el derecho administrativo. Esto únicamente refleja que su razón de existencia está por encima de una regulación específica que sanciona un acto en concreto.

El trasfondo del enriquecimiento injusto responde a un principio general del derecho, que nació en el Imperio romano, pero que no ha perdido su vigencia y aplicabilidad, ya que busca la protección de cualquier persona que participase en un acto jurídico, a fin de garantizar que los resultados obtenidos por estas tengan sustento en la norma, así como para impedir que una de las partes se vea afectada en su patrimonio injustamente a costa de la otra.

Sin olvidar la importancia de este principio, existe un uso incorrecto e indiscriminado, por parte de los autores y de los órganos de justicia tanto en Ecuador como en España, en las denominaciones que se ofrecen en la figura, ya que se utilizan los

términos *injusto* y *sin causa* como sinónimos, lo cual genera un alto nivel de confusión, ya que los alcances que tienen una y otra son totalmente diferentes. Por ello, determinamos la necesidad de utilizar siempre el término *sin causa* cuando nos refiramos a aspectos de derecho positivo, ya que circunscribimos la figura a un ámbito puramente jurídico, cuyo requisito indispensable para que se configure es la falta de vínculo jurídico que sustente el resultado del negocio.

Por lo que, recomendamos que al incorporar esta figura en cualquier disposición normativa se reduzca al mínimo el uso del término *injusto*, ya que nos estaríamos alejando del ámbito jurídico; por el contrario, nos estaríamos adentrarnos en un ámbito filosófico, que podría llegar a generar afectaciones importantes en la seguridad jurídica.

2. El enriquecimiento injusto desde la perspectiva del derecho civil no solo fue considerado como un principio general del derecho, sino como una fuente de obligaciones. En este punto, la disyuntiva se encuentra en considerarla como una fuente que pertenece a los cuasicontratos o si es autónoma.

Desde nuestro punto de vista, solo puede tener cabida si la consideramos como una fuente de obligaciones que forma parte de los cuasicontratos, atendiendo a la clasificación clásica, en la cual sería necesaria una *lege ferenda* a fin para incorporar sus elementos propios y que así tenga una regulación independiente, tal como ocurre con el pago de lo no debido. Sin embargo, consideramos que no puede ser considerada como una fuente de obligaciones de carácter autónomo, ya que no cuenta con uno de los elementos esenciales de las obligaciones, que es la causa, por lo que sería un contrasentido catalogarla de esta manera, como una fuente de obligaciones, si carece de uno de los elementos de existencia de esta.

Si la corriente doctrinaria moderna sigue firme en considerar el enriquecimiento injusto como una fuente autónoma de las obligaciones, a nuestro modo de ver, se tendría necesariamente que eliminar la causa como elemento de existencia de todas las obligaciones, ya que sería contradictorio ubicarlas en la misma clasificación sin que compartan los mismos elementos.

3. De la misma manera, el enriquecimiento injusto también ha sido y es considerado como una acción cuya principal pretensión consiste en la declaración judicial de que los resultados obtenidos por una de las partes en detrimento de la otra no encuentran

sustento en ninguna relación jurídica válida y, en consecuencia, se ordene la restitución del patrimonio que le fue disminuido a la parte afectada.

En los pronunciamientos judiciales que hemos podido encontrar, que en su mayoría resuelven controversias de enriquecimiento injusto en el ámbito civil, existe uniformidad respecto a los requisitos de procedencia de la acción, específicamente en cuanto a la subsidiariedad; es decir, solo se puede promover si no existe contemplada en la ley adjetiva una acción directa para la reclamación, o bien de forma conjunta con la acción principal.

En este punto, ponemos el acento en los Estados Unidos Mexicanos, país donde hemos podido encontrar algunos pronunciamientos judiciales respecto a la aplicación de la acción de enriquecimiento injusto en materia laboral, en comparación con España y Ecuador, donde no existe pronunciamiento alguno, salvo error u omisión por nuestra parte.

A nuestro modo de ver, aunque los criterios dictados por los órganos judiciales mexicanos no son recientes, son de hace más de seis décadas, lo cierto es que atienden a la defensa de los derechos de las personas trabajadoras cuando estas no tienen una acción directa que les permita hacer sus reclamos ante la autoridad judicial, responden, por tanto y de ahí su importancia para el objeto de esta investigación, a una cuestión que excede de lo formal, fundamental en materia laboral. De la misma manera, podríamos indicar, aunque resulte poco académico, que esto responde a la habilidad que tuvieron en ese momento los abogados que plantearon las demandas sirviéndose de esta figura, ya que, en atención al principio dispositivo, los órganos judiciales están impedidos de variar los hechos o el derecho invocado.

Resulta indispensable que, a partir de este estudio, más operadores jurídicos promuevan demandas utilizando esta acción, a fin de que los órganos judiciales, ante la ausencia de una norma clara y detallada, estén en capacidad de ir generando doctrina que nos permita tener mayores elementos respecto a su aplicación, así como para sentar criterios sobre la prueba que se debe aportar para estos casos, ya que este es un elemento respecto al cual, a la presente fecha, no existe pronunciamiento alguno, por lo que desconocemos qué tipos de pruebas resultan idóneas para acreditar la procedencia de la acción, así como sus extremos.

En cuanto a sus extremos, afirmamos que se tendrían que acreditar los siguientes elementos: i) la inexistencia o invalidez de la relación jurídica; ii) el incremento y el

detrimento patrimonial de una la partes en perjuicio de la otra; y iii) el nexo causal entre la inexistencia o invalidez de la relación jurídica y el resultado —incremento o detrimento patrimonial—.

Sin embargo, desde mi punto de vista, uno de los elementos que también debería ser materia de pronunciamiento judicial es si el resarcimiento se decretará únicamente teniendo en cuenta elementos objetivos o si también es necesario valorar elementos subjetivos de dolo, culpa o imprudencia, pues el resultado variaría considerablemente atendiendo a esto último.

A falta de normativa al respecto, los pronunciamientos judiciales, también, nos podrían aclarar si, en alguno de los supuestos de enriquecimiento injusto identificados a lo largo de este trabajo, sería posible invertir la carga de la prueba, a fin de que la parte demandada sea quien tiene que desvirtuar la afirmación hecha por la parte actora. Este es uno de los elementos que consideramos de vital importancia revisando las actuaciones y principios procesales de Ecuador y España, donde la inversión de la carga de la prueba en materia laboral se recoge como excepción y no como regla; pero, lamentablemente, no hemos podido llegar a vislumbrar en esta investigación, debido a que no se han puesto en conocimiento de los órganos judiciales estas acciones.

4. En nuestro afán por encontrar la razón que llevó al constituyente ecuatoriano a incorporar el enriquecimiento injusto en el derecho laboral, llegamos al concepto de *explotación del hombre por el hombre*, que se encuentra recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos como una conducta prohibida que se manifiesta de forma enunciativa, más no limitativa con la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzados o la usura. Si bien en este instrumento internacional la *explotación del hombre por el hombre* ha sido circunscrito al derecho a la propiedad, lo cierto es que, desde nuestro punto de vista no es ajeno al derecho laboral.

Por ello, consideramos que tanto la *explotación del hombre por el hombre* como el enriquecimiento injusto comparten el mismo fundamento si lo analizamos desde la perspectiva del derecho laboral, ya que ambos buscan que las personas adquieran bienes en propiedad como resultado de un trabajo digno, equitativo y justo de las otras personas, en el que se respete su dignidad y los derechos humanos. Por otra parte, buscan sancionar cualquier tipo de conducta en la que un participante de la relación

laboral incremente su patrimonio a costa de tener sometido a la otra parte a condiciones que las que no exista un respeto por los Derechos Humanos.

Consideramos que el constituyente ecuatoriano pretendió evitar que, en el ámbito de las relaciones laborales, se produjera una *explotación del hombre por hombre*, y por ello incorporó el enriquecimiento injusto como un valor constitucional y cuya configuración daría paso a una sanción.

De la misma manera, ambos conceptos están en estrecha relación con otras dos cuestiones de vital importancia en el ámbito del derecho laboral a nivel mundial, esto es: i) La prohibición consistente en que el trabajo no sea considerado como una mercancía, y el ser humano pierda su esencia y se vea reducido a un elemento más del proceso productivo; y ii) La erradicación de la precariedad laboral, ya que este es un mecanismo que facilita y normaliza una forma de esclavitud moderna, la cual está presente en todos los países del mundo, aunque en mayor o menor grado dependiente de si la legislación es más o menos proteccionista para las personas trabajadoras, lo cual se traduce –o debería traducirse- en las condiciones laborales que imperan.

5. Al inicio de esta investigación consideramos que los casos de enriquecimiento injusto en el derecho laboral eran escasos, por no decir prácticamente nulos; no obstante, a medida que nos adentrábamos en el análisis pudimos detectar una gran cantidad de supuestos en los que se configura dicha figura propiamente civil en nuestro ámbito.

Los supuestos de enriquecimiento injusto que detectamos, en términos generales, los clasificamos en dos grandes categorías: la primera cuando el desplazamiento patrimonial se da como consecuencia de una relación laboral inválida o inexistente, en la que no existe ningún vínculo jurídico que justifique la obtención de tales resultados para las partes; y, la segunda, en la que sí existe una relación laboral válida, pero sus resultados son consecuencia de conductas contrarias a la ley.

Se puede concluir que en la mayoría de los supuestos en los que existe el enriquecimiento injusto, el incremento patrimonial lo recibe la persona titular de la empresa, mientras que el detrimento patrimonial lo sufre la persona trabajadora; no obstante, también hemos podido encontrar algunos casos, aunque sean escasos, eso sí, en los que la persona trabajadora es quien recibe el incremento patrimonial, mientras que la persona titular de la empresa es quien sufre el detrimento patrimonial. Por ello, resulta incorrecto afirmar que las personas trabajadoras no son las únicas



afectadas con la realización de conductas ilegales, aunque porcentualmente sean el colectivo más afectado.

El enriquecimiento injusto, *stricto sensu*, se produciría únicamente si la relación laboral es nula o inexistente, ya sea de origen o sobrevenida; sin embargo, *latu sensu*, se produciría con cualquier tipo de violación legal. En ambos casos es indispensable que los resultados obtenidos por las partes sean susceptibles de ser cuantificados monetariamente, que hayan ingresado o dejado de ingresar a su patrimonio y que se pueda acreditar el nexo entre ellas.

En un primer momento, consideramos que íbamos a encontrar menos supuestos de enriquecimiento injusto en España que en Ecuador, debido a que en el primero existe, a grandes rasgos, una mayor estabilidad política, jurídica y económica en comparación del segundo, pero la realidad fue que, en ambos países, hallamos una gran cantidad de supuestos en los que se configura el enriquecimiento injusto en materia laboral. Esto nos lleva a pensar que existe una patología mundial respecto a la forma en cómo se estructuran las relaciones laborales en la legislación, en la supervisión o inspección de la misma, ya que resulta evidente que esta no responde a las necesidades empresariales y económicas propias de un mundo globalizado.

6. El estudio del enriquecimiento injusto en materia laboral giró alrededor de la estructura del art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la cual nos permitió advertir que el fraude, la simulación y el incumplimiento de obligaciones legales eran mecanismos a través de los cuales se configuraba un enriquecimiento injusto, por lo que las sanciones que acarrearía la realización de cada una de ellas eran las mismas que si se hubieran cometido en cualquier rama del derecho; es así, que pudimos detectar cómo la nulidad absoluta y relativa afectaba a la validez de los actos, así como las sanciones particulares que podían imponerse, que en la mayoría de los casos eran multas. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso específico del Ecuador también localizamos dentro del Código Integral Penal el tipo de enriquecimiento privado no justificado, que en un inicio parecía el idóneo para juzgar esta conducta, debido a que la etimología de la expresión era similar a la figura en estudio. Consideramos que era un tipo penal abierto, que no comunicaba de manera correcta la conducta que era susceptible de una sanción, por lo que creemos que se enmarca en un tipo penal de “cajón de sastre”, es decir, que puede caber en cualquier tipo de sanción.

Por esta razón propusimos que, a través de *lege ferenda*, se incorporase al Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano un nuevo tipo penal, en el catálogo de los delitos contra de las personas trabajadoras, ya que exige una calidad específica para el sujeto activo y para el sujeto pasivo, y describe de forma clara y precisa la conducta punible.

Consideramos que, si bien el sentido en que fue redactado el art. 327 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 era para que se incorporara el enriquecimiento injusto en materia laboral como un delito en el catálogo de delitos en contra de las personas trabajadoras, lo cierto es que los legisladores ecuatorianos no lo han interpretado de esa manera, ya que, tras haber transcurrido más de diez años de la vigencia de la Constitución, lapso en el cual se promulgó un nuevo código penal, no se ha incorporado ningún tipo penal construido específicamente para sancionar esta conducta.

Desde nuestro punto de vista, esto se puede deber a una diversidad de factores internos, tales como la falta de voluntad política, el desconocimiento de la aplicación del enriquecimiento injusto en materia laboral o el respeto al principio de *ultima ratio*. Estimamos que no es correcto que esta conducta sea llevada a la esfera penal, sino que su sanción debe ser impuesta por el derecho sancionador propio del derecho laboral, para lo cual se necesitaría realizar un estudio profundo de cada uno de los casos en los que se configura el enriquecimiento injusto, a fin de elaborar sanciones graduales en función de la gravedad de la conducta, el nivel de afectación patrimonial y la intención de cada una de las partes.

7. En Ecuador, la incorporación del enriquecimiento injusto en el derecho laboral fue parte de una transformación jurídica importante que se dio como consecuencia de la gran crisis económica, política y jurídica que atravesó el país en los últimos cuarenta años, en los que la precariedad laboral era un *modus vivendi*, para las personas trabajadoras, so pretexto de generar mejores condiciones económicas para las empresas.

De ahí que la legislación laboral promulgada después de los años noventa incrementase la precariedad laboral, ya que en la mayoría de las modalidades contractuales existentes se había eliminado la estabilidad y la seguridad laboral. Si bien la mayoría de las modalidades contractuales generaban precariedad laboral, lo cierto es que las más perjudiciales eran la intermediación laboral y la contratación por horas. En resumen, la intermediación laboral fue utilizada como un mecanismo para

transferir a un tercero la calidad de empleadora, aunque fácticamente la conservara la empresa principal, con el objeto de evadir las principales obligaciones de una relación laboral, entre las que se encuentran la afiliación a la Seguridad Social o el pago de componentes salariales. Por su parte, la contratación por horas era el mecanismo idóneo para cometer un fraude laboral, ya que se optaba por utilizar esta modalidad contractual, que tenía menores beneficios —no gozaba de estabilidad, no tenía los mismos beneficios económicos— para las personas trabajadoras para evitar la contratación a plazo indefinido y de jornada completa.

En este sentido, la Constitución de 2008 no solo eliminó y prohibió la intermediación laboral y la contratación por horas como principales figuras que precarizaban la relación laboral, sino que, a nuestro modo de ver, con la incorporación del enriquecimiento injusto generó un candado normativo, cuya finalidad consiste en dar lugar a una inconstitucionalidad inmediata para cualquier modalidad contractual o figura que generase una precariedad de la relación laboral.

De ahí que, cualquier reforma legal o cualquier ley que permita la *explotación del hombre por el hombre*, la esclavitud moderna o simplemente ocasione resultados para las partes que no tengan sustento legal tendría que ser declarada inconstitucional. Es decir, en estricto sentido jurídico, para que el Estado genere leyes que disminuyan las condiciones laborales de las personas trabajadoras primero debería generar una reforma constitucional, en la que se eliminara la totalidad del art. 327, ya que, si solamente se limita a suprimir el texto que habla sobre el enriquecimiento injusto, quedarían todavía contempladas diversas conductas que, igualmente, generarían su inconstitucionalidad, tales como la prohibición de cualquier forma de precarización, el incumplimiento de obligaciones, el fraude y la simulación.

El hecho de que la Constitución de la República del Ecuador haya reconocido de forma expresa el enriquecimiento injusto en el derecho laboral parecería, en un primer momento, que es solamente un esfuerzo legislativo para recordar a los individuos que las relaciones jurídicas y los beneficios obtenidos de ellas deben ser equitativos para las partes de una relación laboral. Esto es debido a que, en la mayoría de los supuestos en que aparece el enriquecimiento injusto, ya existen regulaciones específicas que tienden a prohibir las violaciones legales, que eliminarían la posibilidad de utilizar esta figura de forma directa. No obstante, luego de haber analizado todos los aspectos que comprende el art. 327, consideramos que el constituyente ecuatoriano fue muy hábil para blindar los derechos de las partes participantes en la

relación laboral, especialmente los de las personas trabajadoras. No solo prohibió la precariedad laboral que se generaba a través de las figuras de descentralización productiva —intermediación laboral y contratación por horas—, sino que incorporó una figura tan amplia como es el enriquecimiento injusto, para que se evitara todo tipo de esclavitud moderna o cualquier otro tipo de mecanismo que generara un incremento patrimonial sin sustento legal a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra.

8. El enriquecimiento injusto en el ámbito del derecho laboral se puede dar en cualquiera de las etapas de la relación laboral, ya sea al inicio, en el transcurso o al finalizar esta, por lo que es una figura que, si se quisiera regular de forma específica en el Estatuto de los Trabajadores o en el Código del Trabajo, en el caso de España o Ecuador, respectivamente, resultaría sumamente complejo y consideramos que no llevaría a ningún fin práctico, ya que en casi todos los supuestos analizados existen sanciones legales que se pueden imponer de forma directa y específica a cada conducta. No obstante, esto no excluye la posibilidad de que, a través de *lege ferenda* se incorpore una disposición de carácter adjetivo en la que se especifique si la acción de enriquecimiento injusto será procedente como una acción subsidiaria, siempre que la ley laboral vigente no haya previsto una vía directa y efectiva para realizar un reclamo.

En ese sentido, el enriquecimiento injusto laboral se convierte en un mecanismo muy útil para garantizar el acceso a la justicia y la defensa de los intereses de las partes afectadas. Ahora bien, la mayoría de los supuestos de enriquecimiento injusto se presentan en el transcurso de la relación laboral, específicamente en la violación de disposiciones normativas para disminuir la carga obligacional de cualquiera de las partes, que, a la larga, se traduce en la disminución de costos operativos, por lo que, sin que resulte contradictorio a lo afirmado anteriormente, a través de *lege ferenda* se podría generar una reforma del derecho laboral sancionador para considerar al enriquecimiento injusto como un agravante de las sanciones, o bien imponer una sanción —mucho más dura— para quienes lo cometan utilizando cualquier mecanismo que no tenga una sanción específica en la ley.

Desde nuestro punto de vista esto reduciría el riesgo de que la parte afectada se quedase sin resarcimiento por su detrimento patrimonial, debido a una falta de tipicidad de la conducta, en la que se establezca un periodo de prescripción, que esté en concordancia con los fijados en el Estatuto de los Trabajadores y en el Código de Trabajo, pero dejando claramente señalado que se contará a partir de la finalización

de la relación laboral, sin importar si esta fue legal o ilegal, ampliando, posiblemente los plazos de reclamación judicial con respecto a los existentes actualmente.

9. En definitiva, de modo significativo, la incorporación del enriquecimiento injusto en el derecho laboral no se dio con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, ya que este principio está presente desde la creación de derecho laboral, debido a que forma parte de los principios laborales más importantes, como son la intangibilidad, la norma más favorable o el *in dubio pro operario*. No obstante, el hecho de que la Constitución ecuatoriana lo haya incorporado como una figura autónoma e independiente de los principios laborales nos ha permitido advertir su importancia y, sobre todo, su presencia en esta rama del derecho, no solo porque recuerda la importancia de que la relación laboral sea equitativa, construida y aplicada con observancia de los derechos humanos, sino porque permite vislumbrar que las relaciones laborales imperfectas o las violaciones legales que se cometen por las partes generan consecuencias individuales, pero que también repercuten a nivel colectivo.

Las estadísticas de desempleo, de condiciones laborales precarias o de discriminación que fueron expuestas y analizadas a lo largo de este trabajo son solo el reflejo de relaciones laborales plagadas de conductas de enriquecimiento injusto, en las que no existe observancia alguna a la equidad. A nuestro juicio, después de haber concluido con esta investigación, quedó plenamente acreditada la viabilidad de esta figura en el derecho laboral, no solo en la forma que fue incorporada en la Constitución — conducta prohibida—, sino en un aspecto más relevante, ya que es un principio de *deber ser* de la relación laboral.

10. Para finalizar, este trabajo de investigación comparada nos ha permitido demostrar detalladamente que el derecho laboral actualmente padece de una patología que se denomina precariedad laboral, que tiene su fundamento en la forma en como está construida la sociedad. Y en ese sentido, las regulaciones nacionales e internacionales que fijan objetivos claros para la consecución de un trabajo digno y que han ido endureciéndose con el paso del tiempo, no han conseguido erradicar los problemas de las relaciones laborales, entre otras cuestiones, por una parte, por la carencia de una inspección o fiscalización adecuada y, por otra, por la falta de imperatividad normativa de las disposiciones internacionales, que cada vez, generan menor impacto.

Por ello consideramos que es hora de cambiar la concepción del trabajo, en el que podamos estar conscientes de que es sólo un medio para lograr el desarrollo personal pero no es el único, de tal forma que se prevean nuevas formas de ejecutarlo, en el que se disminuyan las jornadas de trabajo y se invierta en volver eficiente el tiempo, en el que las modalidades contractuales rescaten el papel protagónico del ser humano —persona trabajadora y persona empresaria— en la sociedad y en el derecho, el cual ha perdido terreno porque este espacio se lo ha dado a la economía.

En este sentido y con el riesgo de formular un planteamiento ingenuo, considero que es indispensable rescatar la concepción aristotélica del trabajo, en la que se le veía solo como un medio para satisfacer, únicamente, las necesidades básicas de los seres humanos, y no como un fin para cumplir con todas las necesidades superfluas que nos ha creado la sociedad actualmente; que el ser humano no dedique todo su día a trabajar, sino solo lo indispensable, y el resto del tiempo lo emplee para su crecimiento personal.

Sin perjuicio de que el presente trabajo de investigación viene realizándose desde hace mucho tiempo, lo cierto es que la última etapa se desarrolló con la coyuntura mundial de la declaratoria de pandemia derivada del COVID-19, la cual ha ocasionado, desde nuestro punto de vista, una revolución al derecho laboral, ya que evidenció de forma clara la precariedad laboral que todos sabíamos que existía pero no a los niveles que ahora conocemos.

La precariedad laboral se reflejó de manera clara, a través de la gran cantidad de personas que estaban bajo modalidad de trabajos temporales, la situación de informalidad laboral y la falta de ayuda gubernamental.

Otro de los aspectos fundamentales de esta pandemia, fue que el gobierno de la mayoría de los Estados tuvo que distinguir entre aquellas actividades consideradas como esenciales respecto de las que no lo eran, afectando directamente en el desempeño de sus actividades, ya que algunas tuvieron que permanecer totalmente cerradas, otras con horarios restringidos y otras funcionando de forma normal.

De la misma manera, en Ecuador, España y la mayoría de los países, el teletrabajo tomó un papel preponderante, convirtiéndose en la principal modalidad contractual utilizada para la supervivencia de las empresas en las que era posible su desempeño.

Sin ánimo de querer adentrarnos en estos temas, ya que podrían ser materia de un trabajo de investigación independiente, lo cierto es que estas situaciones extraordinarias que se han convertido en nuestra nueva normalidad, nos permiten corroborar la necesidad de reivindicar los derechos de las personas trabajadoras en general.

Por una parte, es necesario que se regule de mejor forma las modalidades contractuales de teletrabajo, trabajo semipresencial, o, trabajo a distancia. Por otra parte, debe existir una regulación profunda de los riesgos laborales que se presentan a nivel psicológico, no sólo con las modalidades contractuales antes enunciadas, sino con ya existentes, ya que uno de los aspectos que el derecho laboral le queda debiendo a las personas trabajadoras, es proteger su salud mental.

11. Por último, parecería que el legislador constituyente ecuatoriano hizo un trabajo fenomenal en la redacción de la Constitución, en el que para incorporar al enriquecimiento injusto dentro de la relación laboral, se hizo un estudio profundo de todos y quizás más aspectos de los aquí abordados. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el enriquecimiento injusto fue solo uno de los tantos pretextos jurídicos a través de los cuales se sustentó la decisión política de elaborar y aprobar una nueva Constitución, pero nunca estuvieron consientes de las implicaciones que esto traía y cómo impactó en el derecho laboral, especialmente en cuanto a los posibles problemas de inconstitucionalidad de normas posteriores, en las que se disminuyeran los derechos laborales de las personas trabajadoras.

## Bibliografía

AA.VV. (1999). *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Acedo Penco, Á. (1996). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, (14-15), 323-392.

Acosta, A. (2001). *Breve historia económica del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Alarcón Varela, F. (2012). Hans Kelsen y la idea de justicia: Tensiones entre el naturalismo jurídico y el positivismo jurídico. *Revista Disertaciones* (3), 69-82.

Albadalejo, M. (2005). *La simulación*. Madrid: Dykinson.

Albaladejo García, M. (1994). *Instituciones de Derecho civil*. Barcelona: Bosch.

Alessandri, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovich, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile .

Alfonso Mellado, C. L. (1998). *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Alfonso Mellado, C., & Fabregat Monfort, G. (2006). La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* (14), 1-24.

Alonso Olea, M. (1993). Prólogo a la obra de De Miguel Lorenzo: En AA.VV, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador* (págs. 1-20). Madrid: Civitas.

Alonso Olea, M., & Casas Bahamonde, M. E. (2006). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Aranzadi.

Alonso Olea, M., & Casas Bahamonde, M. E. (2008). *Derecho del Trabajo* (Vigésimoquinta ed.). Madrid: Thomson Civitas.

Alvarez - Caperochipi, J. A. (1993). *El enriquecimiento sin causa*. Granada: Comares



Alvarez , P. (18 de julio de 2018). *La brecha salarial entre hombres y mujeres crece al 37,5% al tener hijos*. Recuperado de [https://elpais.com/economia/2018/07/17/actualidad/1531849783\\_359123.html](https://elpais.com/economia/2018/07/17/actualidad/1531849783_359123.html).

Antollicei, F. (1960). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: UTHEA.

Antón, A. (2006). *Precariedad laboral e identidades juveniles*. Madrid: GPS-Madrid.

Aragón Medina, J. (1994). Los grupos de empresa como unidad económica dominante. En AA.VV., *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*.(pp.23-48). Madrid: Trotta.

Arias Gomez, J. (2018). Revocacion, Irretroactividad y Derechos Adquiridos. *Ius Canonicum. Universidad de Navarra*, (21), 723-737.

Arjona Guajardo-Fajardo, J. L. (1996). *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Arriola, J., & Vasapollo, L. (2005). *Flexibles y precarios: la opresión del trabajo en el nuevo capitalismo europeo*. Barcelona: El Viejo Topo.

Arroyo i Amayuelas, E. (2004). "Dret patrimonial comparat": II Jornada Internacional sobre el Dret Patrimonial i la Codificació a Catalunya. *Revista Catalana de Dret Privat* (3), 11-15.

Arturo de Diego, J. (2000). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Atkinson, J. (1984). Manpower strategies for flexible organisations. *Personnel management: the journal of the Institute of Personnel Management*, (16), 28-31.

Aubry, C., & Rau, G. (1917). *Cours de Droit Civil Francais*. Paris.

Ávila Santamaría , R. (2009). El Constitucionalismo Ecuatoriano: breve caracterización de la Constitución de 2008. En Cabonell, M., *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, (pp.953-980). Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.

Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, R. (2010). Las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, (25), 77-93.

Bacigalupo Zapater, E. (2002). El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo. *Actualidad Penal* (38), 257-352.

García Ninet, J.I. (dtor.) y Ruano Albertos, S. (coord.), (2012). *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España: estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*. Barcelona: Atelier.

Ballester Pastor, M. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales* (4), 13-40.

Ballester Pastor, M. (2014). Actuaciones tendentes a la consecución de eficiencia, eficacia y obtención de resultados en las políticas activas de empleo en España: inoperancia actual y experiencias internacionales útiles. *Revista Iberoamericana de relaciones laborales* (30), 35-51.

Banco Central del Ecuador. (2014). *Boletines de Prensa*. Recuperado el 26 de febrero de 2020, de <https://www.bce.fin.ec/%2Findex.php%2Fboletines-de-prensa-archivo%2Fitem%2F782-en-2014-la-econom%25C3%25ADa-ecuatoriana-creci%25C3%25B3-en-38-es-decir-35-veces-m%25C3%25A1s-que-el-crecimiento-promedio-de-am%25C3%25A9rica-latina-que-alcanz%25C3%25B3-11&usg=AOvVaw10xgNURnWZ0hhR9GpXumAD>

Banco Central del Ecuador. (2019). *Boletines de Prensa*. Recuperado el 26 de febrero de 2020, de <https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1206-la-econom%C3%ADa-ecuatoriana-creció-03-en-el-segundo-trimestre-de-2019>

Banco Mundial (2020). *Mujer, Empresa y el Derecho 2020*. Washington D.C.: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32639/211532SP.pdf>

Barceló Compte, R. (2017). La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta. En AA.VV. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Madrid: Dykinson.

Basozabal Arrue, X. (2018). «Enriquecimiento injusto» comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones. En B. O. Estado, *Anuario de Derecho Civil* 2018, (71), 13-78.

Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Bayón Chacón, G. (1970). La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas. En AA.VV, *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo* (pp. 41-68). Madrid: Universidad de Madrid - Sección de Publicaciones e Intercambio.

Bejarano Hernández, A. (2001). *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*. Barcelona: Bosch.

Bell, D. (2006). *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Madrid: Alianza Editorial.

Blasco Pellicer, Á. (2005). Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social. *Actualidad Laboral*, (1), 764-777.

Boffi Boggero, L. (1977). *Nulidad de los Actos Jurídicos*. En *Enciclopedia Jurídica Omeba* (pág. Tomo XX). Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Bohórquez Yepes, C. A. (2014). *El enriquecimiento sin causa en el derecho civil y administrativo: origen y evolución de la actio in rem verso*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Boltaina i Bosch; A. (2010). *La funcionarización del personal laboral después del Estatuto Básico del Empleado Público*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona

Bonelli, G. (1910) La teoria della persona giuridica. Riv. Diritto civile s/n.

Bonnecase, J. (1985). *Elementos de Derecho Civil*. Tijuana: Cárdenas Editor.

Bork , R. (2011). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlín: Mohr Siebeck

Borrajo Dacruz, E. (1978). *Introducción al Derecho español del trabajo*. Madrid: Tecnos.

Borrel y Soler, A. M. (1947). *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil Español*. Barcelona: Bosch.

Boutiller, S., & Castilla-Ramos, B. (2012). La precarización del mercado de trabajo: análisis desde Europa y América Latina y el Caribe. *Papeles de la Población*, (18), 1-31

Branca, G. (1978). *Instituciones de Derecho Privado*. México: Porrúa.

Braudry-Lacantinerie, G. (1919). *Précis de Droit Civil*. París: Libraire de Societe du Recueil Sirey.

Briks, P. (1985). *An introduction to the law of restitution*. Nueva York: Oxford University Press

Briones González, C. (1998). El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la locatio conductio Operis a la parasubordinación de la mano del Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT. *Relaciones Laborales*, (1), 118 y ss.

Bronstein, A. (Abril de 1999). *La subcontratación laboral. Ponencia en el Seminario Internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio*. República Dominicana: Organización Internacional del Trabajo.

Brufao, P. (2008). *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*. Madrid: Fundación Alternativas.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2010). Recensión sobre el libro El precontrato. *Régimen jurídico, Aranzadi Social* (18), 137-139.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). *¿Existe la libertad de trabajo hoy en día?* Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. Granada: SPAIN.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). Del efecto transaccional del finiquito y otras cuestiones. STSJ Cataluña 21 febrero 2014 (AS 2014, 813). *Nueva revista española de derecho del trabajo* (168), 409-418.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). Derechos y deberes de los extranjeros en situación irregular en España: breve apunte sobre algunas cuestiones controvertidas. En AA.VV., Sanchez-Rodas Navarro (coord.). *Inmigración, mujeres y menores*. Barcelona: Laborum.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2015) El fenómeno de la subcontratación en Brasil y España. Principales diferencias y cuestiones controvertidas de ambos países. *Revista de Direito brasileira*, (4), pp. 216-241.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2016). Tengo trabajo pero no tengo empleo. Sobre la informalidad laboral desde una perspectiva comparada. En AA.VV. *XX Congreso*

*Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social: Ponencias Magistrales y Oficiales*. Ciudad de Guatemala: Peluma

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2017). Soy trabajadora. De profesión: prostituta. En *Conferencia dictada en XI Encuentro Internacional de Abogados Laboralistas y del Movimiento Sindical, celebrado en La Habana (Cuba), los días 8, 9 y 10 de marzo 2017*. pp. 16-20, Texto facilitado por la autora.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2019). El control de las personas trabajadoras a través de la tecnología portátil en la era digital: tiempo de trabajo y derecho a la intimidad. En *XXXVIII jornadas andaluzas universitarias de derecho del trabajo y relaciones laborales, diciembre 2019*. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/formacion/38-jornadas-universitarias>

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. & García-Viña, J. (2014). Igualdad de Remuneración- Salarios- Protección de los salarios. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Serie Derecho Social, Internacional y Comunitario*, 112, pp. 110-126.

Caamaño Rojo, E. (2005). *Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico*. Revista de Derecho (Valdivia), (18), 25-53.

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

Cadoppi, A., & Veneziani, P. (2002). *Elemento di diritto penale*. Parte generale. Padova: Cedam.

Camerlynck, G. H., & Lyon, C. (1974). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Aguilar.

Camps Ruiz, L. M. (1976). *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*. Madrid: Colección tesis doctorales.

Camps Ruiz, L. M. (1993). La condición más beneficiosa. *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (pp.247,248). Valencia: Generalitat Valenciana y Tirant lo Blanch.

Canessa Montejo, M. F. (2008). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (72), 111-151.

Cano, E., Sánchez, A., Moncada, S. y Llorens, C. (2008). Las prácticas empresariales de gestión de la mano de obra entre los jóvenes trabajadores. En: *XI Jornadas de Economía Crítica*. Bilbao, España del 27 al 29 de marzo.

Casal Bataller, J. (1999). Modalidades de transición profesional y precarización del empleo. En AA.VV, *Juventudes, mercados de trabajo y políticas de empleo* (p. 151-180). Valencia: Germania.

Castán Tobeñas, J. (1935). Prólogo a la obra de Rafael Núñez Lagos. En *Núñez Lagos, R. El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*. Madrid: Reus.

Castán Tobeñas, J. (1952). En torno a la teoría del patrimonio. *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia* (1), 1-25.

Castán Tobeñas, J. (2007). *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Reus, S.A.

CEPAL (2000). *Equidad, Desarrollo y Ciudadanía*. Ciudad de México: CEPAL

CEPAL (2006). *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*. Montevideo: CEPAL

CEPAL (2019). *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe: antiguas y nuevas formas de empleo y los desafíos para la regulación laboral*. Santiago de Chile: CEPAL

CEPAL. (2019). *El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe: antiguas y nuevas formas de empleo y los desafíos para la regulación laboral*. Santiago de Chile: CEPAL.

Chiovenda, J. (1992). *Principios de Derecho procesal civil*. Madrid: Reus.

Claro Solar, L. (1992). *Explicación de Derecho Civil Chileno y Compadado (Vol. V)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Colin y Capitant. (1924). *Curso de Derecho Civil*. Madrid: Edición española.

Colin, A., & Capitant, H. (1924). *Teoría General de las Obligaciones (Vol. III)*. Madrid: Editorial Reus S.A.

Compagnucci de Caso, R. H., & Wierzba, S. M. (2010). *Obligaciones civiles y comerciales: temas fundamentales: responsabilidad civil, teoría y práctica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Concepción Rodríguez, J. L. (1999). *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch.

Conde Sánchez, S. (2015). *Outsourcing: definición, ventajas, desventajas, tipos y niveles*. Recuperado de Gestipolis: <https://www.gestipolis.com/outsourcing-definicion-ventajas-desventajas-tipos-y-niveles/>.

Corbera, C. (2008). *Políticas Legislativas Internacionales sobre Prostitución. II Congreso Virtual sobre Prostitución 2008, Regularización de la Prostitución y Derechos Humanos* (págs. 1-14). Universidad de les Illes Balears.

Cornu, G., & Foyer, J. (1958). *Procédure civile*. Paris: Presses Universitaires de France.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

Coviello, N. (1949). *Doctrina general del Derecho civil*. México: Porrúa.

Cruces, G., & Ham, A. (2010). *La flexibilidad laboral en América Latina: las reformas pasadas y las perspectivas futuras*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Cruz Villalón, J. (2000). Outsourcing y relaciones laborales. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. En AA.VV, *Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*. (pp. 310-325). Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones.

Cuche, P. (1954). *Précis de procédure civile et commerciale*. Paris: Libraire Dalloz.

Dávalos, J. (2016). *El constituyente laboral*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM .

Davidov, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford: OUP.

De Castro y Bravo, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Cívitas.

De Castro y Bravo, F. (2008). *Derecho civil de España*. Madrid: Editorial Civitas.

- De Castro y Bravo, J. (1955). *Derecho civil de España*. Madrid: Tecnos.
- De Diego, C. (1935). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: El Galeón.
- De Gasperi, L. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Tea.
- De la Cámara Álvarez, M. (1985). *Estudios de Derecho civil*. Madrid: RDU.
- De la Cámara Álvarez, M., & Díez - Picazo, L. (1988). *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas S.A.
- De la Cueva, M. (2009). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa.
- De la Garza Toledo, E. (2010). *Hacia un concepto de trabajo ampliado*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- De los Mozos, J. L. (1996). Negocio abstracto y reconocimiento de deuda. *Anuario de Derecho Civil*, (19), 369-422.
- De Oliveira, O. (2006). *Jóvenes y precariedad laboral en México*. Papeles de Población (12), 37-73.
- De Pina, R. (1986). *Derecho Civil Mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- Del Buen, N. (2009). *Derecho del Trabajo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Del Rey Guanter, S. (2001). Los requisitos previstos en el artículo 42.1 del TRLET. En AA.VV, *Descentralización Productiva y Relaciones laborales: problemática jurídica actual* (pp. 25-45). Valladolid: Lex Nova S.A.
- Desdentado Bonete, A. (2003). El Principio Pro Operario. En De la Villa Gil, & L. López Cumbre, *Los principios del Derecho del Trabajo* (págs. 73-74). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Desdentado Bonete, A., Puebla Pinilla, A. (2001). *La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia Tribuna Social*, no 125.
- Devis Echandia, H. (1966). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Aguilar .
- Díez Duarte, R. (1982). *La simulación de contrato en el Código Civil chileno*. Santiago de Chile: Fallos del Mes.



- Diez Picazo, L. (1992). El abuso del derecho y el fraude de la ley en el Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *UIS ET VERITAS*, (5), 5-14.
- Diez-Picazo y Ponce de León, L. (2007). Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos. En AA.VV, *La responsabilidad civil y su problemática actual* (págs. 235-255). Madrid: Dykinson, S.L.
- Díez-Picazo, L. (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamento del derecho civil patrimonial Vol. 1*. Madrid: Civitas.
- Dolorier Torres, J., & Espinoza Laureano, F. (2008). Outsourcing y Derecho del Trabajo. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* (58), 121-142.
- Doral García, J. (2015). La posibilidad de normas dispositivas en el Derecho de la Unión Europea. *Persona y Derecho*, (72), 23-74.
- Dorantes Tamayo, L. A. (2010). *Teoría del Proceso*. Ciudad de México: Porrúa.
- Düll, N. (2003). Defining and assessing precarious employment in Europe: a review of main studies and surveys. *ESOPE Project* (5), 1-26.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Egusquiza Balmaseda, M. A. (1999). *Cuestiones Conflictivas en el Régimen de la Nulidad y Anulabilidad del Contrato*. Pamplona: Aranzadi.
- Enciclopedia Jurídica Omeba - Tomo X . (1977). *Diccionario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Enneccerus, Ludwig, Kipp, et al. (1934). *Derecho de Obligaciones*, Vol II. Barcelona: Bosch.
- Ermida Uriarte, O. (1983) Formas de accion gremial en la empresa. *En: Ponencia del VIII Congreso Iberoamericano del Trabajo y de la Seguridad Social*, (pp. 550-595). Buenos Aires.
- Esteves , A. (2008). Algunos datos de un escenario de cambio. *Actuar en mundos plurales* (1), 11,12.

Estrella, C. (2005). *El principio pro operario constitucionalmente reconocido*. Quito: Derecho Ecuador.

Fabrega Ponce, J. (1996). *El enriquecimiento sin causa tomo 2*. Bogotá: Plaza & Janes Editores Colombia S.A.

Fabrega Ponce, J. (1996). *El enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Plaza & Janes.

Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Fernández Avilés, J. (Diciembre de 2012). Constitución, Derechos Sociales y Tutela del Trabajador. En AA.VV, *XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales «Constitución Española y Relaciones Laborales ante el Actual Escenario Social y Económico»* (pp. 81-142). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Fernández Domínguez, J. (2013). Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. En AA.VV., *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*. (pp.289-746). Madrid.

Fernández Sanchez, E. (1995). La obtención de ventajas competitivas a través de la subcontratación. *Revista Asturiana de Economía*, (2), 149-164.

Ferrara, F. (1921). *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Atheneum.

Ferrara, F. (2017). *La simulación de los negocios jurídicos*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Fiandaca, G., & Musco, E. (1995). *Diritto penale. Parte generale*. Bolonia: Zanichelli.

Flume, W. (1965) *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

Foro Económico Mundial (2020). *Global Gender Gap Report 2020*. Switzerland: *World Economic Forum*. Recuperado de [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf).

Fukuyama, F. (1994). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta.

Gala Durán, C. (2010). La subcontratación socialmente responsable en el ámbito privado: ¿Un nuevo reto para la legislación laboral?. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (105), pp. 13-47.

Gallego Morales, Á. J. (2006). *Derechos y obligaciones de los trabajadores*. En AA.VV. (Vida Soria, *Manual para la Formación en Prevención de Riesgos Laborales* (pp.329-534). Valladolid: Lex Nova.

García Ninet, J. I. (1975). Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del trabajo: la regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931. *Revista del Trabajo* (51), pp. 122-123.

García Ninet, J. I. (2000). Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales. *Tribunal social: Revista de seguridad social y laboral* (145), 5-12.

García Ninet, J. I. (2000). Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad social y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En AA.VV, *Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno* (pp. 273-298). Valencia: Tirant le Blanch.

García Ninet, J. I. (2012). Derechos Sociales de los Extranjeros en España. En García Ninet, J.I. (dctor.) y Ruano Albertos, S. (coord.), (2012). *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España: estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*. Barcelona: Atelier.

García Ninet, J. I. & Barceló Fernández J. (2017). Las políticas de creación de empleo. En AA.VV, *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*. Granada: Comares.

García Ninet, J.I. (2014). La modificación sustancial del artículo 41 ET: de 1980 a 2013. Una tortuosa historia o el precepto del creciente gran poder empresarial. En García Ninet, J.I. (dctor), Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (coord.) *Impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social: Su incidencia en España, Europa y Brasil*. Barcelona: Atelier,

García Ninet, J.I. (2020) El tiempo de la prestación de trabajo. En.. García Ninet, J.I (dctor); Vicente Palacio, A. (coord.). *Derecho del Trabajo*. Pamplona: Thomson Reuters.

García Viña, J. (2002). El empresario y la empresa. En AA.VV, *Derecho del Trabajo* (Séptima edición ed., pp. 395-434). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi

García Viña, J. (2004). ¿Es nulo el contrato de trabajo de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo?. *Economist & Jurist* (12), 42.

García Viña, J. (2020). La situación del empleo de los jóvenes y una propuesta de políticas públicas para afrontar el desempleo juvenil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (30), 65-94.

García Viña, J. & Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2014). Igualdad de remuneración-salarios-protección de los salarios. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* (112), 97-127

García-Moreno Gonzalo, J. M. (2002). Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización. En AA.VV, *La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing): Una Visión Interdisciplinar* (pp.. 51-103). Valladolid: Lex Nova.

García-Perrote Escartín, I., & Mercader Ugina, J. R. (2015). La reducción del espacio de la condición más beneficiosa: su función propia como acuerdo contractual tácito. *Revista de información Laboral* (9), (p. 2-9).

Ginès i Fabrellas, A. (2013). Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* (3/2013), 1-40.

Goerlich Peset , J. M. (2002 ). Actividades laborales externalizables: *Régimen jurídico*. En AA.VV., *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una vision interdisciplinar*. (p. 106-135). Valladolid: Lex Nova.

Goig Martínez; J. (2011). La Constitucionalización de Deberes. *Revista de Derecho UNED* (9), 111-148.

Gómez de la Escalera, C. (1995). *La nulidad parcial del contrato*. Madrid: Actualidad Editorial.

Gómez de Silva, G. (2001). *Breve Diccionario Etimológica de la Lengua Española*. México: Fondo de Cultura Económica.

Gómez Martín , V., & Navarro Massip, J. (2016). La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal* (1), 23-44.

Gómez Rivero, M. d., Martínez González, M. I., & Nuñez Castaño, E. (2010). *Nociones Fundamentales del Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Tecnos.

Gómez Robledo, A. (1982). *El Ius Cogens Internacional*. México D.F: Universidad Autónoma de México.

González-Posada Martínez, E. (2018). El papel del estado y las relaciones laborales: una geometría compleja y variable. *Temas Laborales (142/2018)*, 13-31.

Gorelli Hernández, J. (2007). *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Difusión.

Gramunt Fombuena, M. (2003). Los elementos accidentales del negocio jurídico. En AA.VV. *Codificación, persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.

Graneris, G. (1973). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Guerra, P. (1994). *El empleo precario y el empleo atípico: revisión bibliográfica y propuesta para el debate*. Santiago de Chile: Programa de Economía del Trabajo.

Gullón Rodríguez, J. (2014). *Estatuto de los trabajadores: comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Madrid: Lefebvre.

Guzmán Alfonso, R. J. (2001). *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Melvin.

Hamburger Fernández, Á. (2014). El Socialismo del siglo XXI en América Latina: Características, desarrollos y Desafíos. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad (9)*, 131-154.

Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Derecho Penal y Criminología*, 25 (76), 67-78. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1032>.

Hernáiz Márquez, M. (1969). *Tratado elemental de derecho del trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Herrera Villanueva, J. J. (2007). El patrimonio. *Revista Mexicana de Derecho (16)*, 65-100.

Herrero Nieto, B. (1958). *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho al Trabajo*. Barcelona: Bosch.

Hervada, J. (1996). *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.

Innerarity, C. (2008). La comprensión aristotélica del trabajo. *Anuario filosófico* (23), 69-108.

Islas Colin, A. (2015). Normas imperativas de derecho laboral de los Derechos Humanos. *Perfiles de las Ciencias Sociales* (5), 11-34.

Izquierdo Juárez , J. M. (2006). Las personas en las organizaciones: trabajo y realización personal. *Capital Humano* (203), 82-88.

Jarrín Bermeo, V. T. (2010). *Compañías de Contratación de Actividades Complementarias y las reformas del Mandato Constituyente número Ocho*. Quito: Tesis de licenciatura - Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Josserand, L. (1959). *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

Kahale Carrillo, D. (2011). *Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. Un Estudio sobre la Contratación Externa de Actividades Descentralizadas*. Pamplona: Thomson Reuters.

Kelsen, H. (2012). *¿Qué es la Justicia?*. Ciudad de México: Fontamara.

Köhler, M. (1997). *Sreifrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Heidelberg.

Lacruz Berdejo, J. L. (2005). *Derechos de Obligaciones (Vol. II)*. Madrid: Dykinson.

Lagomarsino, C. (1977). Transacción. En *Enciclopedia Jurídica Omeba* (págs. Tomo XXVI (342-364). Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Lahera Forteza, J. (2011). La plena compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la indemnización por accidente de trabajo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (1), 1053-1058.

Laje , E. (1954). *La noción de causa en el Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.

Lavalle Cobo, J., & Aira, V. A. (2006). *Negocio Jurídico indirecto*. Madrid: La Ley.

Leguina Villa, J. (1987). Principios generales del Derecho y Constitución. *Revista de administración pública* (114), 7-38.

León Guzmán, M. (2015). *Del discurso a la medición: Propuesta metodológica para medir el Buen Vivir en Ecuador*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).

LLano Sánchez, M. (1999). *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*. Madrid: La Ley.

López Aniorte, M. C. (1997). *La competencia del trabajador con su empresa*. Pamplona: Pamplona.

López Basanta, J. (1997). El salario. En AA.VV., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 445-470). Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.

López Cumbre, L. (2005). Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones. En AA.VV., *Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

López Cumbre, L. (2015). Condición más beneficiosa, actos propios e (ir) reversibilidad de condiciones laborales. *Gómez Acebo y Pombo* (1), 1-5.

López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Zavalía editor.

López Guerra, L. (2013). El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. En AA.VV., *Manual Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp. 165-186). Barcelona: dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

López Guerra, L. (2018). La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (42), 111-130.

López Sánchez, M. C. (2015). *El empleador en las organizaciones laborales complejas*. Madrid: CES.

López Terrada, E., & Nores Torres, E. (2010). La función delimitadora del concepto "propia actividad" en el art. 42 del ET. En AA.VV., *El empresario laboral. Estudios en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch

Lora, E. (1997). *A Decade of Structural Reforms in Latin America: What Has Been Reformed and How to Measure It*. Washington: Inter-American Development Bank.

Lorenz, S. (2009). Grundwissen-Zivilrecht: Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte. *Jus Juristische Schulung* (6), 450-500.

Lutzesco, G. (1980). *Teoría y práctica de las nulidades*. México: Porrúa.

Mackeldey, F. (1845). *Elementos del Derecho Romano*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Topográfica.

Magallón Ibarra, J. M. (1997). *Instituciones de derecho civil*. México: Porrúa.

Manresa Navarro, J. M. (1907). *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Imprensa de la Revista de Legislación .

Mantovalou, V. (2012). Are Labour Rights Human Rights. *UCL On-Line Working Papers* (3) , 1-28.

Mariño, F. (2005). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Trota.

Márquez Cárdenas, Á. E., & González Payares, O. (2008). La coautoría: delitos comunes y especiales. *Revista Diálogos de Saberes: investigaciones y ciencias sociales* (28), 29-50.

Márquez Prieto, A. (2005). *Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones*, en AA.VV., *Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social*. Madrid.

Marsi, L. (2011). *Precariedad Laboral y Pobreza: Los límites de la ciudadanía en la sociedad neoliberal*. *Historia Actual On Line* (24), 139-152.

Martín Arribas , J. J. (2002). Aproximación general a la figura del "outsourcing" en su vertiente internacional. En AA.VV, *La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing): Una Visión Interdisciplinar* (págs. 245-263). Valladolid: Lex Nova.

Martín Valverde , A., & García Murcia, J. (2008). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo (Vol. I)*. Pamplona: Thomson Aranzadi.

Martín Valverde, A. (1978). Concurrencia y articulación de normas laborales. *Revista de Política Social* (119), 5-31.



Martín Valverde, A. (1982). Responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas. En AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores* (p. 236). Madrid: Edersa.

Martín Valverde, A. (1982). Responsabilidad empresarial en el caso de subcontrata de obras y servicios. En AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales*. Madrid: Edersa.

Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. En AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales* (pp. 223-270). Madrid: Edersa.

Martínez Atienza, G. (2015). *Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal*. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid: Editorial Vlex.

Martínez Buján, C. (1998). *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Parte especial. Madrid: Tirant lo Blanch

Mascaro Nascimento, A. (1973). *O salario no Direito do Trabalho*. Sao Paulo.

Mella Méndez , L. (2010 ). *El precontrato de trabajo*. Madrid: Reus S.A.

Méndez, R. M., & Vilalta , A. E. (2000). *El enriquecimiento injusto*. Barcelona: Bosch.

Miaja de la Muela, A. (1973). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Gráficas Yagues.

Miguélez Lobo, F., & Prieto Rodríguez, C. (2009). Transformaciones del empleo, flexibilidad y relaciones laborales en Europa. *Política y Sociedad* (46), 275-287.

Miguélez, F., & Prieto, C. (2001). Crisis del empleo y cohesión social. *Cuaderno de Relaciones Laborales* (19), 223-240.

Miñambres Puig, C. (2001). *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*. Madrid: Consejo Económico y Social de España.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Mir Puig, S., Queralt Jiménez, J. J., & Fernández Bautista, S. (2012). *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. México D.F.: Tirant lo blanch.

Molina Fernández, F. (1995). El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito. *Revista Chilena de Derecho*, 22 (2), 265-296.

Moltó García, J. I. (2006). *La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Monereo Pérez, J. L., & Álvarez Monterio, A. (2001). *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*. Granada: Comares.

Montenegro Baca, J. (1974). *Derecho Latinoamericano del Trabajo*. México: Porrúa.

Montoya Medina, D. (2004). *Trabajo en contratos y protección de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montoya Melgar, A. (2012). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos .

Montoya Melgar, A. (2013). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos .

Mora Salas, M. (2006). *Ajuste estructural y empleo precario: el caso de Costa Rica*. San José: Tesis de doctorado en ciencias sociales, COLMEX.

Moreno Pueyo, M. (2004). Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española. *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social (257-258)*, 123-152.

Moreno Vida, M. N. (1994). La compensación y absorción de salarios. En AA.VV., *El nuevo régimen jurídico del salario, La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*. Madrid: EDERSA.

Morgado Valenzuela, E. (julio de 2013). El outsourcing en la legislación Chilena. *Revista Latinoamericana de Derecho Social (17)*, 293-300.

Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

Muñoz Conde, F. (2010). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis S.A.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2004). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nolivos, I. (2006 ). *Tercerización no es intermediación laboral*. Quito: Mundo laboral .

Nores Torres, L. E. (2014). El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP. *Revista General de Derecho Administrativo (35)*, 215-225.

Núñez Lagos, R. (1934). El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español. *Revista general de legislación y jurisprudencia, (165)*, 235-255.

Núñez Lagos, R. (1935). *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Reus.

OIT (1999). *Memoria del Director General: Trabajo decente*. Ginebra: OIT.

OIT (2007). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: OIT.

OIT (2011). *Políticas y Regulaciones Para Luchar Contra El Empleo Precario*. Ginebra: OIT.

OIT (2015). *Conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo*. Ginebra: OIT.

OIT (2015). *Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allancar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes*. Ginebra: OIT.

OIT (2016). *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*. Ginebra: OIT.

OIT (2017). *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*. Ginebra: OIT.

OIT (2019). *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*. Ginebra: OIT.

Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Revista de seguridad social y laboral* (60), 13-24.

Oleas Montalvo, J. (2017). Ecuador 1980-1990: crisis, ajuste y cambio de régimen de desarrollo. *América Latina en la historia económica*, 24 (1), 210-242.

OMS (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 26 de marzo de 2020, de <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>.

OMS (2019). *Salud mental en el lugar de trabajo*. Recuperado el 25 de febrero de 2020: [https://www.who.int/mental\\_health/in\\_the\\_workplace/es/](https://www.who.int/mental_health/in_the_workplace/es/).

OMS. (2007). *Salud de los trabajadores: plan de acción mundial*. Recuperado el 25 de febrero de 2020, de: [https://www.who.int/occupational\\_health/WHO\\_health\\_assembly\\_sp\\_web.pdf?ua=1](https://www.who.int/occupational_health/WHO_health_assembly_sp_web.pdf?ua=1).

OMS. (2010). *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelos de la OMS*. Recuperado el 3 de Marzo de 2017, de Organización Mundial de la Salud: [http://www.who.int/occupational\\_health/evelyn\\_hwp\\_spanish.pdf](http://www.who.int/occupational_health/evelyn_hwp_spanish.pdf).

OMS. (2013). *Plan de acción sobre salud mental 2013-2020*. Recuperado el 25 de febrero de 2020, de: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/97488/9789243506029\\_spa.pdf;jsessionid=F979B741AF76D291CE59286039A40173?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/97488/9789243506029_spa.pdf;jsessionid=F979B741AF76D291CE59286039A40173?sequence=1).

ONU (2015). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 25 de agosto de 2020 de: <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>.

ONU (2015). *Ecuador y la Agenda de Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 25 de agosto de 2020 de: <https://www.local2030.org/library/239/Ecuador-y-la-Agenda-de-Desarrollo-2030.pdf>.

Ospina Fernandez, G. (2008 ). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Palomeque López, M. C. (1973). *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Palomeque López, M. C., & Álvarez De La Rosa, M. (2013). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Palomo Garrido, A. (2012). Apuntes teóricos para el estudio de la Globalización desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales. *CONfinés de relaciones internacionales y ciencia política*, 8 (16), 69-109.

Parraguez Ruiz, L. (1986). *Manual de derecho civil ecuatoriano: Obligaciones y contratos*. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja.

Pasco Cosmópolis, M. (1989). *Estabilidad en el empleo y contratación precaria*. Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Pasco Cosmópolis, M. (2004). La norma más favorables: su determinación. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (57), 339-367.

Pavón Vasconcelos, F. (2008). *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa.

Paz y Miño Cepeda, J. (2007). *La Asamblea Constituyente de 2007: un nuevo ciclo histórico en Ecuador*. Boletín del THE. Facultad de Economía. Pontificia Universidad

Católica del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.

Pedrajas Moreno, A. (2002). La cesión ilegal de trabajadores. En AA.VV, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar* (pp. 219-244). Valladolid: Lex Nova.

Peñailillo Arévalo, D. (1996). El enriquecimiento sin causa. Principio y fuentes de obligaciones. *Revista Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (200), 7-40.

Pérez de los Cobos, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Pérez Luño, A. (1998). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

Pérez Luño, A. (2004). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

Pérez Martín, C. (2015). Regulación del espacio público: impacto de las ordenanzas municipales en el ejercicio de la prostitución desde la voz de las trabajadoras del sexo. *Alternativas: Cuadernos de trabajo social* (22), 53-76.

Pergolesi, B. (1955). *Introduzione al diritto del lavoro*. Padova.

Petrova Georgieva , V. (2018). *Los principios comunes a los tribunales internacionales*. Ciudad de México: Universidad Nacional autónoma de México.

Pino Emhart, A. (2014). Una aproximación continental al Derecho inglés de los contratos. *Revista chilena de derecho privado* (22), 233-253.

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Planiol , M. (1923). *Traité élémentaire de droit civil francais* (Novena edición ed., Vol. 12). Paris: Libraire générale de droir & de jurisprudence.

Pogge, T. (2000). The International Significance of Human Rights. *The Journal of Ethics*, 45-69.

Pomponio. (s.f.). *Digesto*.

Porras, A. (2009). *Las reformas laborales en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Puig Brutau, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Quispe Remón, F. (1988). La importancia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano y la Interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana. *Revista Electrónica Iberoamericana* (13), 1-23.

Ragazzi, M. (1997). *The concept of international obligations Erga Omnes*. Oxford: Clarendon Press.

Ramos Quintana, M. I. (2002). *La garantía de los derechos de los trabajadores*. Valladolid: Editorial Lex Nova.

Ramos Quintana, M. I. (2009). Irrenunciabilidad de derechos. En AA.VV, *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"* (pp.538-543). Madrid: Thomson Reuters.

Reglero Campos, L. F. (2008). Conceptos generales y elementos de delimitación. En AA.VV, *Tratado de responsabilidad Civil*. Pamplona: Thomson Aranzadi.

Rivas, P. (Octubre de 2008). La estabilidad laboral que todos dicen defender. *Actuar en mundos plurales* (1), 2-5.

Robles, G. (2018). El "derecho" como objeto de la Justicia. Breve comentario al artículo 1 de "Quaestio 57" de la "Secunda Secundae" de la "Suma Theologiae" de Santo Tomás de Aquino. *Revista Persona y Derecho* (78), 51-64.

Rodríguez Izquierdo, R. (2012). La conclusión del Contrato de Trabajo. En AA.VV, *Derecho del Trabajo* (pp. 503-524). Pamplona: Thomson Reuters.

Rodríguez Izquierdo, R., & Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2010). *La prevención de riesgos laborales en la temporalidad*. Granada: Comares.

Rodríguez Piñero Royo, M. (2006). Contratas y Cesión Ilegal de Trabajadores en la reforma laboral de 2006. *Temas Laborales* (85), 103-140.

Rodríguez-Piñero, M., & Fernández-López, M. F. (1998). *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley-Actualidad.

Romo , M. P. (Octubre de 2008 ). El mandato 8 es positivo, aunque no resuelva todo el tema laboral. Tercerización e Intermediación Laboral. *Actuar en mundos plurales* (1), 6-8.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas.

Rubén, H., & Wierzba, S. (2010). *Manual de las obligaciones civiles y comerciales según el nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Rubio Llorente, F. (2001). Los Deberes Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional* (62), 11-56.

Rubio Llorente, F. (2015).: Igualdad y autonomía: II Conferencia Francisco Tomás y Valiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (19), 7-38.

Ruprecht, A. (1977). Contrato de Trabajo. *En Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Sainz Cantero, J. (1979). *Lecciones de derecho penal: Parte general*. Madrid: Bosch.

Salgado Pesantes, H. (2008). El proceso constituyente en Ecuador: Algunas reflexiones. *Revista IIDH* (47), 205-223.

Salido Banús, J. L. (2002). *El Acceso al Empleo*. En AA.VV., Derecho del Trabajo (pp. 471-503). Pamplona : Thomson Reuters Aranzadi.

Salvador Coderch, P. & Ruiz García, J. (2002). Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. *Revista InDret* (02/2012), 1-4.

Sánchez Rodas Navarro, C. (2010). *El precontrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi.

Sangueti Raymond, W. (2006). Descentralización Productiva, subcontratación y calidad de empleo: ¿Términos incompatibles? *Revista de Derecho Social* (36).

Santamaría López, E. (2009). Precariedad laboral: apuntes para una aproximación sociológica a sus formas contemporáneas. *Papeles del CEIC (Revisión Crítica)* (1), 34-41.

Sempere Navarro, A. V. (2012). El Supremo y la terminación voluntaria del contrato de trabajo. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (852), 1-35.

Sempere Navarro, J. (2009). La relación capital-trabajo como relación de poder social. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* (108), 55-64.

SENPLADES (2009). *Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Recuperado el 17 de febrero de 2020, de [https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan\\_Nacional\\_para\\_el\\_Buen\\_Vivir.pdf](https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf).

SENPLADES (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Recuperado el 17 de febrero de 2020, de <http://www.cpmccs.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/PNBV-2013-2017.pdf>.

SENPLADES (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Recuperado el 17 de febrero de 2020, de <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/EcuadorPlanNacionalTodaUnaVida20172021.pdf>.

Serrano Pascual, A. (2009). Regulación supranacional y despolitización del trabajo: el caso del paradigma de la activación. En AA.VV, *Trabajo, subjetividad y ciudadanía: paradojas del empleo en una sociedad en transformación*. (pp.259-290). Madrid: Editorial Complutense.

Serrano, D. (28 enero 2018). *¿Cuál es la brecha salarial entre hombres y mujeres?* Quito: El Comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/galapagos-mayor-brecha-salarial-datos.html>.

Sevilla, J. V. (1985) *Economía política de la crisis española*, Crítica, Barcelona, 1985.

Sierralta Ríos, A. (2013). *Contratos de comercio internacional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Silva Sánchez, J.-M. (2010). *La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto*. Madrid: La Ley.

Sirgado Díaz, E. (2014). El negocio jurídico, la abstracción y el derecho civil alemán. *Revista de Derecho* (6), 49-68.

Sohm , R. (2006). *Instituciones del Derecho Privado Romano*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.

Sola,J.(2014) El legado del franquismo y el mercado de trabajo en España, *Revista Española de Sociología*, núm. 21, 2014, pp.99-128.



Solórzano Garavito, C. R. (2016). *Sistema Acusatorio y Tecnicas del Juicio Oral* (5a edición ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Somavia, J. (31 de marzo de 2015). Valorar la dignidad en el trabajo. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Recuperado de [hdr.undp.org/es/content/valorar-la-dignidad-del-trabajo](http://hdr.undp.org/es/content/valorar-la-dignidad-del-trabajo).

Soriano Cortés, D. (2007). *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Sotelo Valencia, A. (1999). *Globalización y precariedad del trabajo en México*. México: Ediciones El Caballito.

Soto Gamboa , M. (1986). *Nociones Básicas de Derecho*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Squella, A. (2010). Algunas concepciones de la justicia. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (44), 175-216.

Standing, G. (2000). *Globalización, flexibilidad laboral e inseguridad*. La era de la regulación mercantil. En AA.VV., *Precariedad laboral, flexibilidad y desregulación* . Valencia: Germania.

Standing, G. (2009). *Work After Globalization. Building Occupational Citizenship*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Inc.

Steenberghen, F. v. (1957). *Ontología*. Madrid: Gredos.

Taboada Córdova, L. (1996). *La causa del negocio jurídico*. Lima: Grijley.

Tamayo, D., Palacios, J. & Puebla, D. (2017). *Heterogeneidad en los puestos de trabajo y la reducción de la desigualdad salarial en Ecuador*. Quito: INEC

Terrats Planell, J. L. (9 de Julio de 1992). *El Control de Legalidad de los convenios colectivos por parte de la Administración*. Tesis doctoral. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.

Toharia Cortés, L. (2007). Introducción. En AA.VV, *El mercado de trabajo: teorías y aplicaciones. Lecturas seleccionadas, compilado por Luis Toharia* (pp. 9-37). Madrid: Alianza Editorial.

Tolivar Alas, L. (1988). La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio. *Revista de estudios de la administración local y autónoma* (239), 1363-1402.

Tomuschat, C. (1993). *Obligations arising for States without or against their will*. Recueil des Cours.

Trueba Urbina, A. (1981). *Nuevo derecho del trabajo*. México: Porrúa.

Trujillo, J. C. (1979). *Derecho del trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Valdés Dal-Ré, F. (2008). La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno «ius gentium». *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (5), 1-20.

Valdés Dal-Ré, F., & Lahera Forteza, J. (2010). La flexiseguridad laboral en España. *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)* (157), 1-58.

Valle Baeza, A. (2000). Problemas de empleo en América Latina. *Política y Cultura* (17), 5-36.

Vicente Palacio, M. (2011). En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social. *Revista de relaciones laborales* (25), 191-229

Vicente Palacio, A. (2014). Crisis, Derecho del Trabajo y legislación de urgencia: ¿un trío inseparable?. En García Ninet, J.I. (dtor.) y Burriel Rodríguez-Diosdado, P. *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Su incidencia en España, Europa y Brasil 2008-2014*. Barcelona: Atelier.

Vicente Palacio, M. & Trujillo Pons, F. (2015). Protección social de los trabajadores migrantes. Grado de adecuación de la normativa española a los Convenios OIT nº 97 (1949) y nº 157 (1982) y sus concordantes en materia de seguridad social. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* (117), 107-135

Vida Soria, J., Monereo Pérez, J. L., & Molina Navarrete, C. (2011). *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares.

Videla Escalada, J. (1985). *La frustración del contrato y la teoría de la causa*. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Villa Durán, C. (2002). *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta.

Villacampa, C. (2015). A vueltas con la prostitución callejera: ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave? *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (35), 1-40.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

Villegas Arbeláez, J. (2000). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Editorial Legis.

Viteri, R. (Octubre de 2008). Tercerización e Intermediación Laboral: un tema crucial y poco claro. *Actuar en mundos plurales* (1), 7-10.

White, R., & James, B. (2000). *Manual del outsourcing*. Guía completa de externalización de actividades empresariales para ganar competitividad. Barcelona: Gestión 2000.

Witker, J. (Julio-diciembre de 2008). Derecho Económico y Derecho del Trabajo: Las Sinergias de la Globalización. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (7), 275-289.

Wlotzke. (1957). *Das Günstigkeitsprinzip*. Heidelberg.

Wolf, M., & Neurer, J. (2012). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Berlin: Beck.

Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykinson.

Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

## Referencias normativas

### Internacionales y comunitarias

#### - ONU

*Declaración Universal de Derechos Humanos*. ONU. (s.f.). Recuperado el 12 de septiembre de 2018, de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

*Convención sobre la Esclavitud*. ONU (1926). Recuperado el 15 de enero de 2020 de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>.

*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*. ONU (1949) Recuperado el 18 de agosto de 2019 de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. ONU (1966). Recuperado el 21 de enero de 2018 de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

#### - OIT

*C026 - Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos*. OIT. (1928). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C026](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C026)

*C047- Convenio sobre las cuarenta horas*. OIT (1935). Recuperado de 14 de marzo de 2018 de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312192:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312192:NO)

*C099 – Convenio los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura)*. OIT. (1951). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312244:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312244:NO)

*C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración*. OIT. (1951). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C100](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100)

*C111-Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. OIT. (1958). Recuperado el 15 de septiembre de 2015, de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)

*C131 – Convenio sobre la fijación de salarios mínimos*. OIT. (1970). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312276:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312276:NO)

*C138 –Convenio sobre la edad mínima*. OIT(1973). Recuperado el 20 de febrero de 2020 de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C138](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138)

*C155 – Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo*. OIT. (1981). Recuperado el 25 de marzo de 2019 de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155)

*C175-Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial*. OIT (1994) Recuperado el 28 de marzo de 2018 de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C175](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C175)

*R030 – Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos*. OIT. (1928). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312368:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312368:NO)

*R089 – Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura)*. OIT. (1970). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312427:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312427:NO)

*R135 – Recomendación sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos*. OIT. (1970). Recuperado el 26 de Junio de 2015, de Organización Internacional del

Trabajo:[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312473:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312473:NO)

*R164 Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores.* OIT. (1981). Recuperado el 14 de agosto de 2018 de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312502:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312502:NO)

*R198 – Recomendación sobre la relación de trabajo.* OIT. (2006). Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument)

- **OISS**

*Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social.* OISS (2011). Recuperado el 22 de septiembre de 2018 de: [https://oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/BIOISS\\_ESPECIAL\\_Noviembre\\_1-3.pdf](https://oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/BIOISS_ESPECIAL_Noviembre_1-3.pdf)

- **OEA**

*Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41).* OEA. (s.f.). Recuperado el 6 de enero de 2020, de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp)

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (B-32).* OEA. (s.f.). Recuperado el 6 de enero de 2020, de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* OEA. (s.f.). Recuperado el 6 de enero de 2020, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

*Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador".* OEA. (1988). Recuperado el 14 de septiembre de 2019, de <https://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>

*Protocolo de San Salvador.* OEA. (s.f.). Recuperado el 30 de enero de 2020, de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>

- **CAN**

*Decisión 584 Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.* CAN (2004). Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/JUNAC/Decisiones/DEC584s.asp>

- **UE**

*Carta Social Europea.* Consejo de Europa, (1996). Recuperado de <https://rm.coe.int/168047e013>.

*Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.* CE (2005) Recuperado el 15 de marzo de 2019: <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

*CoNvenio Europeo de Derechos Humanos.* TEDH. (s.f.). Recuperado de 2020, de Convenio Europeo de Derechos Humanos: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

*Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de Europa de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.* UE (2002). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0629>

*Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.* Parlamento Europeo. (2003). Recuperado el 15 de febrero de 2020, de <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>

*Directiva 89/391/CEE del Consejo: medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.* UE (1989). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11113>

*Reglamento (CE) no. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.* CE (2004). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20140101&from=BG>

*Reglamento (CE) no. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.* CE (2009). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0987&from=fr>

*Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género.* Parlamento Europeo.

(2014). Recuperado el 12 de agosto de 2015, de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0162+0+DOC+XML+V0//ES>

## **España**

*Constitución Española*. BOE 311 § 31229 (1978). Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).

*Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE 77 § 3439 (2015). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.

*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE 281 § 25444 (1995). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

*Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*. BOE 106 § 7899 (2006). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-7899-consolidado.pdf>

*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. BOE 10 § 544 (2000). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>

*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE 152 § 54883 (2010). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>

*Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*. BOE 312 § 15647 (2012). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/12/27/7>

*Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. BOE 7 § 323 (2000). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>.

*Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal*. BOE 131 § 12554 (1994). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/06/01/14/con>



*Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.* BOE 177 § 8328 (2015). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8328-consolidado.pdf>

*Ley 26/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.* BOE 245 § 15936 (2011). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>.

*Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.* BOE 269 § 24292 (1995). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>

*Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.* BOE 250 § 19205 (2006). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/10/18/32/con>

*Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.* BOE 245 § 15937 (2011). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/37>

*Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.* BOE 230 § 28613 (1995). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/09/21/1561>

*Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.* BOE 54 § 3673 (2009). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/02/23/197/con>.

*Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.* BOE 97 § 8868 (1997). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/04/14/485>

*Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores.* BOE 97 § 8670 (1997). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/04/14/487/con>.

*Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.* BOE 97 § 8671 (1997). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-8671-consolidado.pdf>.

*Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.* BOE 124 § 11144 (1997). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-11144-consolidado.pdf>.

*Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.* BOE 206 § 4763 (1889). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

*Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.* BOE 75 § 7730 (1995). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1995/03/24/1>

*Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.* BOE 97 § 8930 (1996). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1996/04/12/1/con>.

*Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.* BOE 189 § 15060 (2000). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-15060-consolidado.pdf>

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 189 § 15060 (2000). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-15060-consolidado.pdf>.

*Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.* BOE 261 § 11724 (2015). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>.

*Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, de 3 de diciembre de 1993.* BOE 292 § 29068 (1993). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/1993/12/03/18>.

*Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud.* BOE 62 § 3434 (2020). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/10/6/con>.

*Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.* BOE 61 § 3481 (2019). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/08/8>.

*Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.* BOE 61 § 3481 (2019). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/08/8>

## **Ecuador**

*Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

*Código Civil.* Codificación 10. Quito: Registro Oficial Suplemento 26 del 24 de junio de 2005.

*Código del Trabajo.* Quito: Registro Oficial Suplemento 167 del 16 de diciembre de 2005.

*Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad, e Innovación, Ingenios.* Quito: Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

*Código Orgánico General de Procesos.* Quito: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

*Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014

*Ley Orgánica de Educación Intercultural.* Quito: Registro Oficial Suplemento 417 de 31 de marzo de 2011.

*Ley Orgánica de Empresas Públicas.* Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009.

*Ley Orgánica de Movilidad Humana.* Quito: Registro Oficial Suplemento 938 de 6 de febrero de 2017.

*Ley Orgánica para Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el hogar.* Quito: del Registro Oficial No. 483 del 20 de abril de 2015

*Ley de Régimen de Maquila y de Contratación Laboral a tiempo parcial.* Quito: Registro Oficial No. 493 del 3 de agosto de 1990.

*Ley de Zonas Francas.* Quito: Registro Oficial No. 625 del 19 de febrero de 1991

*Ley Fundamental para la Transformación Económica del Ecuador.* Quito: Registro Oficial No. 34 de 13 de marzo de 2000

*Ley No. 133 reformativa al Código del Trabajo.* Quito Registro Oficial Suplemento No. 817 de 21 de noviembre de 1991

*Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana.* Quito: Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.

*Ley Reformativa al Código del Trabajo mediante la cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios.* Quito: Registro Oficial Suplemento No. 298 de 23 de Junio de 2006

*Mandato Constituyente 1 plenos poderes de la Asamblea Constituyente* Quito: Registro Oficial Suplemento 223 del 30 de noviembre de 2007.

*Mandato Constituyente no. 2 de remuneración mensual unificada máxima para el sector público.* Quito: Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008

*Mandato Constituyente no. 4 de garantías relacionadas a las organizaciones sindicales y colectivas.* Quito: Registro Oficial Suplemento 273 de 14 de febrero de 2008

*Mandato constituyente No. 8 (Eliminación y Prohibición de la Tercerización, Intermediación laboral, Contratación labora por horas y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo.* Quito: Registro Oficial Suplemento 330 de 6 de mayo de 2008.

*Decreto No. 2166 respecto a las normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización.* Quito: Registro Oficial No. No 442 de 14 de octubre de 2004

*Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana.* Quito: Registro Oficial Suplemento 55 de 10 de agosto de 2017.

*Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente.* Quito: Registro Oficial No. 2336 de 20 de diciembre de 2007

*Reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocación.* Quito: Registro Oficial No. 285 de 27 de marzo de 1998.

*Reglamento para la contratación por horas.* Quito: Registro Oficial 305 de 12 de abril de 2001.

*Acuerdo ministerial No. 109. Ministerio de Salud Pública.* Quito: Registro Oficial Edición Especial 66 de 23 de agosto de 2017.

*Acuerdo Ministerial No. 4911. Ministerio de Salud Pública.* Quito: Registro Oficial 301 el 31 de julio de 2014

*Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0135 que regula los contratos de trabajo a jornada parcial permanente.* Quito: Registro Oficial No. 265 de 19 de junio de 2018.

*Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0135.* Recuperado el 24 de febrero de 2020, de <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2018/01/MDT-2018-0135-EXPEDIR-EL-ACUERDO-MINISTERIAL-QUE-REGULA-LOS-CONTRATOS-DE-TRABAJO-A-JORNADA-PARCIAL-PERMANENTE.pdf>

*Acuerdo Ministerial No. MDT-2019-394. Norma que fija el salario básico unificado del trabajador en general para el año 2020.* Quito: Registro Oficial Suplemento 113 de 3 de enero de 2020.

*Resolución 261 sobre tasas de aportación al IESS.* Recuperado el 15 de septiembre de 2015, de <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+261>

*Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente.* Quito: Registro Oficial Segundo Suplemento 33 del 5 de marzo de 2007.

Instructivo para pago de la décimotercera, décimocuarta y utilidades . *Acuerdo Ministerial 45* . Quito, Ecuador: Lexis S.A.

## Referencias de Sentencias

### Sentencias de Órganos Internacionales y comunitarios

#### - Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Recuperado el 6 de enero de 2020, de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf)

Corte IDH (2013). J vs Perú, de 27 de noviembre de 2013. Recuperada el 14 de enero de 2020 de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf) y

Corte IDH (2001) Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de 2 de febrero de 2001. Recuperada el 14 de enero de 2020 de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf)

- **Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia TEDH (2005). Case of Siliadin vs France, de 26 de julio de 2005. Application no. 73316/01. Recuperada el 6 de enero de 2020 de: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/siliadin\\_v\\_france\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/siliadin_v_france_en_4.pdf)

- **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Sentencia TJUE (2009). C-55/18, de 14 de mayo de 2019. Gran Sala del TJUE. No. 402/2019. Ponente: E. Regan.

- **Sentencias Corte Internacional de Justicia**

Corte Internacional de Justicia (1970). Barcelona Traction (Bélgica vs. España). Reuperado de: <https://www.un.org/es/icj/>.

## **Ecuador**

- **Sentencias Corte Constitucional**

SCCE s/n; Corte Constitucional del Ecuador, 5 de agosto de 2009, Recurso extraordinario de protección No. 0095/09; Ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes.

SCCE 003- 09- SIN–CC, Corte Constitucional del Ecuador, Acción pública de inconstitucionalidad No. 0021-09-IA; Ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.

SCCE 105/2007, Tercera Sala, Acción de amparo constitucional No. 0105/2006/RA; Ponente: Hernando Morales Vinueza.

- **Sentencias Corte Suprema de Justicia (antes 2008) –Corte Nacional de Justicia (después 2008)**

SCNJ 01-2017, Pleno, 22 de febrero de 2017, R. de casación s/n, Ponente: s/n. Publicado en el Suplemento del RO No. 950 de 22 de febrero de 2017.

SCNJ 628/2013, Sala Laboral, 2 de agosto de 2013, R. de casación no.1287/2012 , Ponente; Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, publicada en la Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13, P. 5562.

SCNJ s/n. Sala Laboral, 16 de enero de 2013, R. de casación no. 552/2008, Ponente: s/n

SCNJ s/n, Sala temporal de lo Laboral y Social, 24 de octubre de 2012, R. de casación no. 781/2006, Ponente: Juan Francisco Morales Suarez. Publicado en el Registro Oficial No. 74 de 18 de mayo de 2016.

SCNJ 828-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familiar, 1 de febrero de 2010, R. casación 90/2009, Ponente: Manuel Sánchez Zuraty, Publicado en el Registro Oficial Edición Especial 322 de 16 de agosto de 2012.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral, 15 de noviembre de 2010, R. de casación No. 243/2008, Ponente: Jorge Pallares Rivera, publicado en el Registro Oficial No. 41 de 21 de agosto de 2013.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 10 de junio de 2009, R. de casación No. 197-2008, Ponente: Rubén Bravo M., publicada en el Registro Oficial no. 87 de 18 de noviembre de 2010.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 4 de junio de 2009, R. de casación no. 1136-2006, Ponente: Rubén Bravo Moreno, publicada en el Registro Oficial 82 del 30 de octubre de 2010.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 20 de marzo de 2009, R. de casación No. 427-2006, Ponente: Rubén Bravo Moreno, publicado en el Registro Oficial No 90 de 25 de noviembre de 2010.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 23 de septiembre de 2008, R. de casación 350-2007, Jueces: Rubén Bravo Moreno, Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo, publicado en el Registro Oficial 124 de 24 de abril de 2011.

SCNJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 30 de junio de 2008, R. de casación No. 17/2005; magistrados jueces Dres. Teodoro Coello Vázquez, Gastón Alarcón

Elizalde. Magistrados, Dr. Héctor Miranda Vargas, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 195 de 18 de mayo de 2010.

SCNJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 20 de noviembre de 2007, R. de casación No. 892-2006, Jueces: Alfredo Jaramillo Jaramillo, Rubén Bravo Moreno e Iván Torres Proaño, publicada en el Registro Oficial No. 17 del 2 de septiembre de 2009

SCSJ s/n; Primera Sala de lo Laboral y Social, 27 de septiembre de 2007, R. de Casación No. 689/06, Ponente: s/n, Publicada en el Registro Oficial 631 de 10 de julio de 2009.

SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 23 de agosto de 2007, R. de casación no. 268-2005, publicado en el Registro Oficial 529 de 16 de febrero de 2009.

SCSJ s/n; Primera Sala Laboral y Social; 19 de julio de 2007; R. de casación s/n; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. p. 1574.

SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 27 de febrero de 2007, R. de casación No. 387/2004, Magistrados Jueces Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Isabel Abril Olivo, Rubén Bravo Moreno, publicado en el Registro Oficial No. 34 de 24 de marzo de 2008.

SCSJ s/n; Sala Laboral, 14 de enero de 2006, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, publicada en la ; Gaceta judicial serie XVIII número 1998.

SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 12 de julio de 2006, R. de casación no. 386/2006m magistrados Dres. Teodoro Coello Vázquez, Gastón Alarcón Elizalde y Hernán Peña Toral, Publicado en el Registro Oficial No. 55 de 2 de abril de 2007.

SCSJ s/n, Tercera Sala de lo Laboral y Social, 25 de mayo de 2004, R. de casación s/n; Jueces: Drs. Jorge Ramírez Álvarez. Ángel Lescano Fiallo. Nicolás Castro Patiño; Publicada en la Gaceta Judicial 1. Año CV. Serie XVIII. No.1, P. 256.

SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 28 de marzo de 2004, R. de casación s/n; Jueces: Drs. Gastón Alarcón Elizalde. Hernán Peña Toral. Teodoro Coello Vázquez; Publicada en la Gaceta Judicial 3. Año CVIII. Serie XVIII. No.3, P. 1096.

SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 11 de febrero de 2004, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. p. 4334.



SCSJ 313/97, Primera Sala de lo Civil y Mercantil; 28 de junio de 2000, R. de casación No. 273, Ministros jueces Santiago Andrade Ubidia, Galo Galarza Paz y Tito Cabezas Castillo, Publicado en el Registro Oficial 134 de 3 de agosto de 2000.

SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 24 de mayo de 2000, R. de casación no. 127-2000; Sala está conformada por los Magistrados Dres. Camilo Mena Mena, Julio Jaramillo Arízaga, Teodoro Coello Vázquez.

SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 7 de septiembre de 1999, R. de casación No. 26/1999; magistrados jueces Dres. Hugo Quintana Coello, Miguel Villacís Gómez y Jaime Velasco Dávila, publicada en el Registro Oficial No. 311 de 4 de noviembre de 1999.

SCSJ s/n; Sala de lo Laboral y Social; 21 de junio de 1999, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta judicial 15. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. P. 4375

SCSJ s/n, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 17 de diciembre de 1998, R. de casación No. 271, Ponente: s/n, publicada en el Registro Oficial 138 de 1 de marzo de 1999.

SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 14 de julio de 1998, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, publicada en la Gaceta Judicial 12. Año XCVIII. Serie XVI, p. 3162.

SCSJ s/n, Primera Sala de lo Laboral y Social, 16 de abril de 1998, R. de casación no. 252/1997, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No.11, P. 2891.

SCSJ s/n, Cuarta Sala de la Corte Suprema, 22 de octubre de 1991, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 13. Año XCII. Serie XV. Nro. 13. P. 3933.

SCSJ s/n, Tercera Sala, 13 de julio de 1989, Tercera Instancia s/n, Ponente: s/d, publicada en la Gaceta Judicial 6. Año LXXXIX. Serie XV. No.6, P.1588.

SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 23 de marzo de 1983, Tercera Instancia, Ponente: s/n, publicado en la Gaceta Judicial 2. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 2. P. 437.

SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 25 de agosto de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 12. p. 2797.

SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 25 de agosto de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p.2536.

SCSJ s/n; Sala Laboral y Social; 30 de noviembre de 1981; tercera instancia; ponente s/n; publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. p. 3009.

SCSJ S/n, Primera Sala de lo Laboral y Social de la CSJ, 26 de noviembre de 1980, R. de casación no. s/n, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XII. No.11 Pag.2384

SCSJ s/n, Sala de lo Laboral y Social, 4 de diciembre de 1975, Ponente: s/n, Publicada en la Gaceta Judicial 11. Año LXXVI. Serie XII. No. 11. P. 2316.

SCSJ s/n, Sala Laboral, 4 de junio de 1974, R. de casación s/n, Ponente: s/n, publicado en la Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 6. Pág. 1170.

SCSJ s/n, Sala Civil, 3 de octubre de 1973, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 4. Año LXXIV. Serie XII. No. 4. P. 735

SCSJ s/n, Sala Civil, 21 de septiembre de 1953, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 4. Serie VIII. No. 4. P.338.

SCSJ s/n, Sala Civil, 9 de mayo de 1942, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 10. Año XXXIX. Serie VI. Nro. 10. P-170

SCSJ s/n, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 1939, R. de casación No. s/n, Ponente: n/a. Publicado en la Gaceta Judicial 161. Año XXXVII. Serie V. Nro. 161. P. 3986.

- **Sentencias Corte Provincial de Justicia**

SCPJ s/n, Sala Laboral, 1 de abril de 2015, R. de apelación no. 538/2009; Ponente: s/n, publicado en la página web de la función judicial de Pichincha el 1 de abril de 2015.

**España**

- **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 181/2000, 29 de junio de 2000, (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad No. 3536-1996, 47-1997, 1115-1997, 2823-1997, 3249-1997, 3297-1997, 3556-1997, 3949-1997, 5175-1997, 402-1998 (acumulados).

STC 58/1985, 30 de abril de 1985, (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad No. 170/1983 Ponente: Ángel Escudero Corral

STC 4/1981, 24 de febrero de 1981, (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad No. 186/1980; Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant

- **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 863/2020, Sala de lo Social, 21 de febrero de 2020, R. de casación para la unificación de doctrina No. 3229/2017, Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

STS 562/2020, Sala de lo Social, 23 de enero de 2020, R. de casación para unificación de doctrina no. 2332/2017, Ponente: Sebastián Moralo Gallego

STS 2572/2019, Sala de lo Penal, 24 de julio de 2019, R. de casación nº 10619/2017. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

STS 761/2018, Sala de lo Social, 21 de febrero de 2018, R. de casación para la unificación de doctrina no. 251/2018, Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

STS 586/2018, Sala de lo Social, 15 de febrero de 2018, R. de casación para unificación de doctrina no. 2092016, Ponente: Sebastián Moralo Gallego

STS 3115/2017, Sala de lo Social, 13 de julio 2017, R. de casación para unificación de doctrina No. 2788/2015, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

STS 1713/2017, Sala de lo Social, 15 de junio de 2017, R. de casación para unificación de doctrina no. 972/2016, Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

STS 1748/2017, Sala de lo Social, 20 de abril de 2017, R. de casación No. 116/1016; Ponente: Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

STS 1275/2017, Sala de lo Social, 23 de marzo de 2017, Auto de aclaración no. 81/2016. Ponente José Manuel López García de la Serrana: .

STS 5723/2016, Sala de lo Laboral, 21 de diciembre de 2016, R. de casación para unificación de doctrina No. 1868/2015. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

STS 5733/2016, Sala de lo Social, 21 de diciembre de 2016, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1868/2015, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

STS 3942/2016, Sala de lo Social, 30 de junio de 2016, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2990/2014, Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

STS 5122/2015, Sala de lo Social, 16 de septiembre de 2015, R. de casación No, 233/2014, Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

STS 3815/2015, Sala de lo Social. 23 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2219/2014, Ponente: María de Lourdes Arastey Sahun.

STS 2969/2015, Sala de lo Social, 22 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2393/2014, Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

STS 3703/2015, Sala de lo Social. 21 de julio de 2015, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2366/2014, Ponente: Jesús Souto Prieto.

STS 2819/2015, Sala de lo Social, 15 de junio de 2015, R. de casación No. 164/2014, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

STS 5665/2014, Sala de lo Social, 9 de diciembre de 2014, R. de revisión No. 22/2012, Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

STS 5521/2014, Sala de lo Social, 22 de septiembre de 2014, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2915/2013. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

STS 1799/2014, Sala de lo Social, 25 de marzo de 2014, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1281/2013. Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

STS 6517/2013, Sala de lo Social, 3 de diciembre de 2013, R de casación para unificación de doctrina No. 141/2013, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

STS 6593/2013, Sala de lo Social, 29 de octubre de 2013, R. de casación para la unificación de doctrina no. 61/2013, Ponente: Jordi Agusti Julia.

STS 4358/2013, Sala de lo Social, 16 de julio de 2013, R. de casación para unificación de doctrina No. 2275/2012, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

STS 9085/2012, Sala de lo Social, 19 de diciembre de 2012, R. de casación No. 209/2011, Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

STS 6699/2012, Sala de lo Civil. 19 de julio de 2012, R. de Casación No. 294/2010; ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

STS 6699/2012, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2012, R. de casación nº 294/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

STS 7687/2011, Sala de lo Social, 14 de octubre de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina; Ponente: Jesus Souto Prieto

STS 5447/2011, Sala de lo Social, 12 de julio de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina No. 4568/2010, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

STS 3986/2011, Sala de lo Social, 23 de mayo de 2011, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1680/2019, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

STS 811/2011, Sala de lo Social, 15 de febrero de 2011, R. de casación no. 2097/2010, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

STS 994/2011, Sala de lo Social, 14 de febrero de 2011, R. de casación no. 2083/2010, Ponente Jesús Souto Prieto.

STS 6172/2010, Sala de lo Social. 19 de octubre de 2010, R. de casación para la unificación de doctrina No. 270/2010, Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga.

STS 4801/2010, Sala de lo Social, 30 de junio de 2010, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4123/2008, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

STS 5670/2009, Sala de lo Social, 23 de julio de 2009, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4501/2007. Ponente: Jordi Agusti Julia.

STS 5485/2009, Sala de lo Social. 14 de julio de 2009, R. de casación para la unificación de doctrina no. 3576/2008, Ponente: Aurelio Desdentado Bonete.

STS 4942/2009, Sala de lo Social, 8 de junio de 2009, R. de casación no. 67/2008, Ponente: Fernando Salinas Molina.

STS 5507/2008, Sala de lo Social, 29 de septiembre de 2008, R. de casación para unificación de doctrina no. 2255/2007, Ponente: José Luis Gilolmo López

STS 5138/2008, Sala de lo Social, 18 de julio de 2008, R. de casación para la unificación de doctrina no. 2277/2007, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

STS 1850/2008, Sala de lo Social, 30 de enero de 2008, R. de casación para la unificación de doctrina No. 414/2007, Ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.

STS 744/2008, Sala de lo Social, 22 de enero de 2008, R de casación para unificación de doctrina No. 335/2007, Ponente: Rosa María Viroles Piñol.

STS 1501/2008, Sala de lo Social, 21 de enero de 2008, R. de casación para unificación de doctrina no. 4191/2006, Ponente: José María Botana López.

STS 3095/2006, Sala de lo Social, 26 de abril de 2006, R. de casación para unificación de doctrina no. 2076/2005, Ponente: Luis Fernando De Castro Fernández.

STS 8658/2006, Sala de lo Social, R. de casación para la unificación de doctrina No. 3936/2005, Ponente: Jordi Agustí Julia.

STS 5043/2005, Sala de lo Social, 20 de julio de 2005, R. de casación para la unificación de doctrina No. 2160/2004. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

STS 2999/2005, Sala de lo Social, 11 de mayo de 2005, R. de casación para la unificación de doctrina No. 4162/2003. Ponente Juan Francisco García Sánchez.

STS 1244/2005, Sala de lo Social, 28 de febrero de 2005, R. de casación para unificación de doctrina no. 2486/2004, Ponente: José María Botana López.

STS 7075/2004, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2004, R. de Casación No. 3036/2004; Ponente: Jesús Corbal Fernández.

STS 7792/2002, Sala de lo Social, 22 de noviembre de 2002, R. de casación para la unificación de doctrina no. 3904/2001, Ponente: Jesús Guillón Rodríguez.

STS 9052/2002, Sala de lo Social, 30 de mayo de 2002, R. de casación para unificación de doctrina no. 1945/2001, Ponente Antonio Martín Valverde.

STS 2955/2001, Sala de lo Social, 9 de abril de 2001, R. de casación no. 4166/2000, Ponente: Gonzalo Moliner Tamborero.

STS 7800/2000, Sala de lo Social, 27 de octubre de 2000, R. de casación para la unificación de doctrina no. 693/1999, Ponente: José María Botana López.

STS 2819/1999, Sala de lo Social, 27 de abril de 1999, R. de casación para la unificación de doctrina no. 4985/1997, Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

STS 6980/1998, Sala lo Social, 24 de noviembre de 1998, R. de casación para la unificación de doctrina no. 517/1998. Ponente: Luis Ramón Martínez Garrido.

STS 1947/1998, Sala de lo Civil, 24 de marzo de 1998, R. de casación No. 745/1994, ponente Román García Varela

STS 7734/1995, Sala de lo Social, 3 de abril de 1995, R. de casación no. 2252/1994, Ponente: Antonio Martín Valverde.

STS 127/1995, Sala de lo Social, 18 de enero de 1995, R. de casación para unificación de doctrina no. 150/1994, Ponente: José Antonio Somalo Giménez.

STS 19356/1994, Sala de lo Civil, 14 de diciembre de 1994, R. de casación No. 1134, ponente Francisco Morales Morales; STS 8174/1994, Sala de lo Civil. 14 de diciembre de 1994, R. de casación No. 3474/91, Ponente Francisco Morales Morales.

STS 4528/1994, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1994, R. de casación no.2203/1991, Ponente: Francisco Morales Morales.

STS 4505/1994, Sala de lo Social, 10 de junio de 1994, R. de casación no. 2274/1993, Ponente: Víctor Eladio Fuentes López.

STS 104/1994, Sala de lo Social, 19 de enero de 1994, R. de casación no. 3400/2012. Ponente Antonio Martín Valverde.

STS s/n, Sala de lo Social, 29 de octubre de 1994, R. de casación para unificación de doctrina no. s/n, Ponente: s/n

STS 2846/1992, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 1992, R. de casación No. 370/1990, ponente Pedro González Poveda.

STS 1547/1991, Sala de lo Social 15 de marzo de 1991, R. de casación no. 218, Ponente: Juan Antonio del Riego Fernández.

STS 134/1991, Sala de lo Social, 17 de enero de 1991, R. de casación no. 18, Ponente Rafael Martínez Emperador.

STS 10489/1990, Sala de lo Social, 13 de julio de 1990, R. de casación No. 1098, Ponente: José Lorca García.

STS 3095/1989, Sala de lo Civil, 22 de mayo de 1989, R de casación no. 402/1989, Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

STS 9534/1989, Sala de lo Social, 16 de febrero de 1989, R. de casación no. 188., Ponente Julio Sánchez Morales de Castilla.

STS 16555/1988, Sala de lo Social, 30 de octubre de 1988, R. de casación no. 1660, Ponente: Juan García Murga Vásquez.

STS 6296/1998, Sala de lo Social, 29 de octubre de 1998, R. de casación para la unificación de doctrina no. 1213/1998, Ponente: Antonio Martin Valverde.

STS 6126/1988, Sala de lo Social, 12 de septiembre de 1988, R. de casación no 1333, Ponente Juan Antonio del Riego Fernández.

STS 1604/1988, Sala de lo Social, 7 de marzo de 1988, R. de casación no. 274. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

STS 613/1988, Sala de lo Social, 4 de febrero de 1988, R. de casación no. 110, Ponente: Juan Antonio García-Murga y Vásquez

STS 13131/1987, Sala de lo Social, 3 de diciembre de 1987, R. de casación no. 2249, Ponente: Arturo Fernández López.

STS 6593/1987, Sala de lo Social, 21 de octubre de 1987, R. de casación no. 1914, Ponente: José María Álvarez de Miranda y Torres.

STS 11803/1986, Sala de lo Social, 25 de septiembre de 1986, R. de casación por infracción de ley: error de hecho no. 1570, Ponente: Francisco Tuero Bertrand

STS 495/1985, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1985, R. de casación nº 570/1985, Ponente: Cecilio Serena Velloso

STS 2712/1985, Sala de lo Social, 14 de mayo de 1985, R. de casación no. 2712/1985, Ponente: s/n

STS 923/1984, Sala de lo Social, 25 de febrero de 1985, R. de casación no. 923/1984, Ponente: s/n

STS 2076/1985, Sala de lo Social, 18 de febrero de 1985, R. de casación No. 1473/1984, Ponente: Francisco Tuero Bertrand.



STS 3560/1981, Sala de lo Social, 31 de octubre de 1981, R. de casación por infracción de ley No. 319/1981, Ponente: Agustín Muñoz Álvarez

STS 2517/1981, Sala de lo Social, 3 de marzo de 1981, R. de casación por infracción de ley no. 580/1981, Ponente: Miguel Moreno Micholí.

- **Sentencias de la Audiencia Nacional**

SAN 3834/2003, Sala de lo Social, 23 de diciembre de 2003, R. no. 168/2003, Ponente: José Antonio Fernández Otero.

- **Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas**

STSJ AND 15824/2003, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 2026/2003, Ponente: Antonio Reinoso Reino

STSJ AND s/n, Sala de lo Social, 4 de julio de 1995, R. no. 2757/1995, Ponente: s/n

STSJ AS 976/2004, Sala de lo Social, 20 de febrero de 2004, R. no. 3830/2002, Ponente: José Alejandro Criado Fernández

STSJ BAL 175/1992, Sala de lo Social, 9 de enero de 1992, R no. s/n. Ponente: s/n

STSJ CAT 8972/2019, Sala de lo Social, 11 de noviembre de 2019, R. de suplicación No. 2647/2019, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech.

STSJ CAT 8972/2019, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 2647/2019, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech

STSJ CAT s/n, Sala de lo Social, 21 de abril de 1995, R. no. 1596/1995, Ponente: s/n

STSJ CAT s/n, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2003 R. número 3826/2003. Ponente: José Cesar Álvarez Martínez.

STSJ GAL 4740/2004, Sala de lo Social, R. de suplicación no. 3598/2004, Ponente: José Fernando Lousada Arochena

STSJ GAL s/n, Sala de lo Social, 11 de octubre de 1994, R. no. 3905/1994, Ponente: s/n

STSJ M 4588/1991, Sala de lo Social, 2 de abril de 1991, R. No. 2583, Ponente: s/n

STSJ NV 1397/1994, Sala de lo Social, 14 de abril de 1994, R. No. s/n, Ponente: s/n

TSJ AR de 28 de marzo de 2012 Recurso número 93/2012. Ponente: Juan Molins García – Atance

**- Sentencias Juzgado de lo Social**

ST 50/2015, Juzgado de lo Social, 18 de febrero de 2015, Resolución número 18. Ponente: Joan Agusti Maragall.

## México

### - **Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Tesis aislada de rubro: "Acciones diferentes derivadas de un contrato de trabajo, competencia para conocer de las.". Ponente: Agapito Pozo

Tesis aislada de rubro: "Daños y perjuicio, se equipara al pago de salarios caídos". Ponente: Ángel Carvajal

Tesis aislada de rubro: "Enriquecimiento Ilegítimo, Improcedencia de la Acción de, en Materia Laboral (Legislación Del Estado De México)". Ponente: Salvador Mondragón Guerra

Tesis aislada de rubro: «Horas extraordinarias de trabajo. Aunque ilícitas, deben remunerarse las que excedan del límite permitido por la Constitución.". Ponente: Pedro Guerrero Martínez

Tesis aislada de rubro: «Reinstalación cuando ya terminó la vigencia del contrato, efecto de la". Ponente: Gilberto Valenzuela

Tesis aislada de rubro: «Salarios vencidos. No constituyen enriquecimiento ilegítimo para el trabajador". Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Tesis aislada de rubro: «La explotación del hombre por el hombre. Concepto". Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

**Francia**

Cour de cassation (1892). Chambre civil. Arrêt cour de cassation DP 92,1,596 du 15 de june de 1892. (93,1,281)

**Reino Unido**

Tribunal Supremo de Gran Bretaña. (1991). Lipkin Gorman v Karpnale Ltd, de 7 de junio de 2001.

### Documentos Estadísticos

INE (2020). *Encuesta de Población Activa (EPA) Cuarto trimestre de 2019* . Recuperado de <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0419.pdf>

INE. (2020). *Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y ocupación*. Recuperado de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4366>

INEC (2020). *Análisis y Proyección de la Población Económicamente Activa (PEA) del Ecuador*. Quito: INEC

INEC (2020). *Encuesta de Población*. Quito: INEC

INEC (2020). *Indicadores del mercado laboral*. Quito: INEC

INEC. (2020). *Índice de Precios al Consumidor (IPC)*. Quito: INEC. Recuperado de: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/canasta/>

INEC (diciembre de 2019). *Ecuador en Cifras*. Recuperado de Indicadores Laborales Diciembre 2019: [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Diciembre/201912\\_Mercado\\_Laboral.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Diciembre/201912_Mercado_Laboral.pdf)

Ministerio de Trabajo y Economía Social. (diciembre de 2019). *Estadística de accidentes de trabajo Avance enero – diciembre 2019* . Recuperado el 25 de febrero de 2020, de: [http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/eat/eat19\\_12/ATR\\_12\\_2019\\_Resumen.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/eat/eat19_12/ATR_12_2019_Resumen.pdf)