

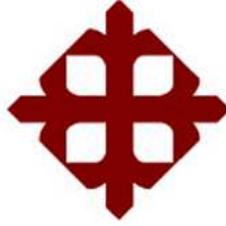
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**“Trabajo de Titulación Examen Complexivo” para la
obtención del grado de Magister en Derecho Procesal**

**Reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir
normativamente el Principio Jurídico Laboral de la Primacía de
la Realidad y la Teoría Dinámica de la Prueba.**

Autor: Abg. Jorge Quintero Rodríguez

30 de Enero de 2016



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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Jorge Quintero Rodríguez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Procesal**.

REVISORES

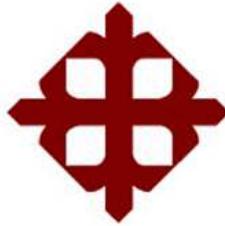
Dr. Francisco Obando Freire

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

Guayaquil, a los 30 días del mes de Enero del año 2016



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

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Jorge Johan Quintero Rodríguez

DECLARO QUE:

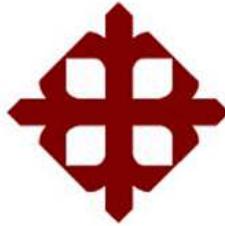
El examen complejo **Reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el Principio Jurídico Laboral de la Primacía de la Realidad y la Teoría Dinámica de la Prueba**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, a los 30 días del mes de Enero del año 2016

EL AUTOR

Abg. Jorge Johan Quintero Rodríguez



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

AUTORIZACIÓN

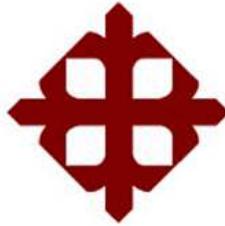
Yo, Abg. Jorge Johan Quintero Rodríguez

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el Principio Jurídico Laboral de la Primacía de la Realidad y la Teoría Dinámica de la Prueba** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 30 días del mes de enero del año 2016

EL AUTOR:

Abg. Jorge Johan Quintero Rodríguez



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

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND web interface. At the top, the browser address bar shows the URL: <https://secure.orkund.com/view/17292249-991531-972787#BcExDoAgEATAv1BvDLfhFuQxsiQNRTSUbR/7swbnhqZjCHCZbBCBqYQAcFzsh3hNm0a/ejtHOUMS6UWjcc>. The document being analyzed is titled "EXAMEN COMPLEXIVO CORRECCION APA 6 .doc (D17260999)".

Document Information:

- Document: EXAMEN COMPLEXIVO CORRECCION APA 6 .doc (D17260999)
- Submitted: 2016-01-18 09:12 (-05:00)
- Submitted by: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
- Receiver: santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com
- Message: RV: Complexivo Abg. Jorge Quintero - Urkund [Show full message](#)

List of sources:

Rank	Path/Filename
1	http://actualcese.com/conferencias/collegios-calendario-bi-al-profesor-se-le-cortaa-a-segund...
2	TESIS FINAL MIRIAN CAICEDO.docx
3	https://prezi.com/yjeuxk3wfkfu/evolucion-jurisprudencial-del-principio-de-la/
4	http://www.buenasareas.com/ensayos/Derecho-Procesal/1516977.html
5	http://www.eiateneo.org/documents/trabajos/Bajar/El_Principio_de_Cooperacion_Procesal.doc
6	http://www.monografias.com/trabajos75/cosa-juzgada-nom-bis-idem-cosa-juzgada-nom-bis...

Document Content:

82% América Latina, en general, y específicamente en el Ecuador, ha sido una constante que los cuerpos normativos o legislaciones, herramientas del orden y cohesión social de un país, sean adaptaciones del exterior, específicamente, la normativa española e italiana, y su jurisprudencia en general, han ido marcando el rumbo de la historia del derecho, en el sur de nuestro continente especialmente.

Quintero, 2015). Esto conlleva una serie de limitantes, problemas de aplicación y desarrollo jurídico, así también oportunidades, como poder establecer el resultado e impacto en la vida de los ciudadanos, que determinados principios jurídicos o normas, han tenido en diferentes latitudes.

Es indiscutible también que a lo largo de nuestra historia republicana, nuestras legislaciones en virtud de lo manifestado, han reflejado realidades históricas distintas y contextos culturales antagónicos inclusive, debido a que su proceso de formación obedecía a un desarrollo social diferente, al experimentado en América del Sur. Estos desafíos entre las normas, y la vida de los ciudadanos, han provocado

la errónea interpretación o la ilegítima aplicación de principios jurídicos emanados de los cuerpos legales o la jurisprudencia, que ha mantenido nuestro país y muchos países de la región.

Esto es, que las leyes en el Ecuador, al no corresponder a su realidad histórica, evolucionaron con una mayor rapidez, que la sociedad, lo que indudablemente constituía un problema de aplicación,

que la historia deberá imputar específicamente a los legisladores. Lo que deberá sumarse, al desordenado desarrollo Jurisprudencial en materia laboral en el Ecuador, que está provocando que principios jurídicos laborales, de invaluable trascendencia, sean inaplicados discrecionalmente por los Jueces de Trabajo del Ecuador, desconociendo con ello incluso, que aquellas conquistas laborales, obedecen a un complejo y

External source: <http://www.quinteroyasociados.com.ec/node/14>

82% América Latina, en general, y específicamente en el Ecuador, ha sido una constante que los cuerpos normativos y legislaciones, herramientas del orden y la cohesión social de un país, sean generalmente adaptaciones del exterior, es decir, la normativa europea, y su jurisprudencia en general, han ido marcando el rumbo de la historia del derecho, en el sur de nuestro continente especialmente.

Para y Elio Joaquín, por supuesto.

A mi familia, por su amor incondicional y su confianza.

A mis amigos y a quienes contribuyeron con el presente trabajo.

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

INDICE

I.- INTRODUCCION.....	1
1.- Objeto.- Derecho Procesal	2
2.- Campo.- Derecho Procesal Laboral	3
3.- Problema.-	3
4.- Justificación.-.....	3
6.- Premisa.-	4
1.- MARCO DOCTRINAL.-	5
1.1.- Supuestos paradigmáticos.- (epistemología).....	5
1.2.- Teorías Generales.-	7
1.3.- Teorías Sustantivas.-	9
EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD.	9
TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.-	14
1.4.- Referentes Empíricos.-	19
2.- MARCO METODOLÓGICO.-.....	22
2.1.- Metodología.- Cualitativa	22
2.2.-Método.- Estudio de Casos.	22
2.3.- Categorías y Dimensiones Analíticas.-	22
2.5.- Instrumentos.-	23
2.6.- Unidad de Análisis.-	24
2.8.- Criterios Éticos.-	38
2.9.- Resultados y Argumentos.-	38
3.- PROPUESTA VALIDADA POR EXPERTOS.-	39
III.- CONCLUSIÓN.-	42
IV.- REFERENCIAS.-.....	44

RESUMEN

La investigación que se realiza a continuación, tiene su enfoque en la prueba de naturaleza laboral, y el análisis de la necesidad de incluir en nuestra norma laboral, principios y teorías jurídicas como la primacía de la realidad y la teoría dinámica de la prueba. El presente estudio nace de la necesidad de garantizar de mejor forma la vigencia de principios doctrinarios y jurisprudenciales de desarrollo mundial, los mismos que promueven el correcto ejercicio y aplicación judicial de los derechos de las partes, en una contienda de orden laboral, con el objetivo de otorgar a los Juzgadores, mejores herramientas jurídicas para descubrir la verdad. Durante la presente investigación, que incorpora una revisión conceptual de la prueba en el Derecho Procesal Laboral, se incluye una propuesta de reforma legal que pretendemos remitir a la Asamblea Nacional del Ecuador, órgano competente para resolver la pertinencia de este tipo de reformas normativas.

PALABRAS CLAVES:

Derecho Procesal Laboral – Primacía de la Realidad - Teoría Dinámica de la Prueba.

ABSTRACT:

The project described herein focuses on the proof of labor nature, the analysis regarding the need to include in our labor normativity the principles and legal theory such as the primal importance of reality and the dynamic theory of proof. This study stems from the necessity to conform to appropriate principles of global doctrine and jurisprudence. These principles promote the correct exercise and legal application of the rights to the parts involved in legal action. Hence, offering to decision makers robust legal tools to discover the truth.

KEY WORDS:

Labor Procedure Law - Primal Importance of Reality - Dynamic Theory of Proof.

I.- INTRODUCCION

En América Latina, en general, y específicamente en el Ecuador, ha sido una constante que los cuerpos normativos o legislaciones, herramientas del orden y cohesión social de un país, sean adaptaciones del exterior, específicamente, la normativa española e italiana, y su jurisprudencia en general, han ido marcando el rumbo de la historia del derecho, en el sur de nuestro continente especialmente (Quintero, 2015).

Esto conlleva una serie de limitantes, problemas de aplicación y desarrollo jurídico, así también oportunidades, como poder establecer el resultado e impacto en la vida de los ciudadanos, que determinados principios jurídicos o normas, han tenido en diferentes latitudes.

Es indiscutible también que a lo largo de nuestra historia republicana, nuestras legislaciones en virtud de lo manifestado, han reflejado realidades históricas distintas y contextos culturales antagónicos inclusive, debido a que su proceso de formación obedecía a un desarrollo social diferente, al experimentado en América del Sur.

Estos desfases entre las normas, y la vida de los ciudadanos, han provocado la errónea interpretación o la ilegítima aplicación de principios jurídicos emanados de los cuerpos legales o la jurisprudencia, que ha mantenido nuestro país y muchos países de la región. Esto es, que las leyes en el Ecuador, al no corresponder a su realidad histórica, evolucionaron con una mayor rapidez, que la sociedad, lo que indudablemente constituía un problema de aplicación, que la historia deberá imputar específicamente a los legisladores.

Lo que deberá sumarse, al desordenado desarrollo Jurisprudencial en materia laboral en el Ecuador, que está provocando que principios jurídicos laborales, de invaluable trascendencia, sean inaplicados discrecionalmente por los Jueces de

Trabajo del Ecuador, desconociendo con ello incluso, que aquellas conquistas laborales, obedecen a un complejo y sangriento proceso, en donde es de obligatoria referencia la Huelga de los Trabajadores de Chicago, del 1 de Mayo de 1886.

Esto es, que escribir respecto al Derecho Laboral, es introducirse en las entrañas de la historia de la civilización, es reconocer un componente social e histórico ineludible, es hacer un pacto con los mártires del movimiento obrero mundial, y referirnos al tema con el respeto que emana de sus múltiples conquistas laborales, que hace pocos años costaron sangre y lágrimas, y en la actualidad son derechos ineludibles de la clase trabajadora del mundo.

El problema de aplicación referido en el presente proyecto de Tesis, se agrava en virtud de que con el avance vertiginoso de nuestros pueblos, han ido evolucionado los tradicionales escenarios en los cuales se desarrollaba la actividad laboral, así también por el desarrollo de la ciencia y los avances tecnológicos, ha ido evolucionando la manera de producir prueba, lo que exige, al menos, un análisis del cuerpo normativo laboral ecuatoriano, el mismo que fuera promulgado en 1938, consagrando varios adelantos de orden social que imponía la Constitución Política de 1929, específicamente en su artículo 151, pero manteniendo sin duda características perfectibles.

Se pretende mediante un análisis de la doctrina jurídica, un profundo estudio de casos, consultas a expertos laboristas y una revisión de la jurisprudencia latinoamericana, justificar y fundamentar desde la ciencia y técnica jurídica, la incorporación normativa del principio de la primacía de la realidad y de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, para hacer justicia, a una lucha de décadas del movimiento obrero nacional.

1.- Objeto.- Derecho Procesal

2.- Campo.- Derecho Procesal Laboral

3.- Problema.-

Inaplicabilidad del Principio Jurídico Laboral, de la Primacía de la Realidad y de la Teoría Dinámica de la Prueba, por parte de los Juzgadores laborales del Ecuador.

4.- Justificación.-

El Código de Trabajo ecuatoriano vigente, consagró sin lugar a dudas, una serie de garantías al obrero ecuatoriano, que obedecían en gran parte al desarrollo mundial de las normas de trabajo, sin embargo, como es natural las características mutables del Derecho Social, han procreado con sus adelantos nuevas relaciones de trabajo, mecanismos de prueba dentro de un proceso laboral, formas de pago de remuneraciones, sistemas de subordinación, flexibilidad de horarios y lugares donde se ejecuta la actividad laboral, etc., lo que hace indispensable, que al menos de manera general estos nuevos supuestos fácticos, se encuentren regulados, a fin de proteger lo más importante de la actividad comercial o laboral, el ser humano.

Es por esto, que es fácil advertir la problemática, cuando al observar recomendaciones de la OIT, revisar resoluciones de cortes internacionales o analizar doctrina laboral en general, podemos encontrar principios, que son grandes instituciones para la ciencia del Derecho Laboral, a nivel mundial, pero para nuestra realidad, son meras referencias, algunas desconocidas por juzgadores y abogados, y otras desarrolladas parcialmente, que no llegan a constituirse como inobjetable garantías para la protección del obrero, como lo exige la normativa constitucional y laboral nacional.

Esto quiere decir, que no darle la jerarquía legal a ciertos principios, y el

mantenerlos únicamente dentro de nuestro desarrollo jurisprudencial irregular y muchas veces contradictorio, el mismo que no se encuentra codificado o estructurado, imposibilitando la correcta aplicación por parte de los juzgadores, y el correcto estudio para los abogados laboristas del país, genera grandes repercusiones procesales, que terminan perpetuando abusos empresariales o grandes injusticias, avaladas por el silencio cómplice del sistema judicial laboral ecuatoriano, y sus órganos directivos. Lo que ocasiona que la confianza en la justicia laboral, por parte de la ciudadanía, se encuentre erosionada en virtud de la irregular aplicación de principios de carácter laboral, por parte de nuestros operadores de justicia.

En la actualidad, lo manifestado debe constituir motivación suficiente para invitarnos a reflexionar respecto del problema, y su inmediata solución, la misma que requiere del compromiso académico y jurídico de legisladores, juzgadores y juristas en general, a fin de que la justicia laboral, se constituya como un referente de aplicación jurisprudencial y normativo, erradicando los obstáculos que en la actualidad se le presentan a los juzgadores, para la correcta aplicación de los principios jurídicos relativos a la prueba.

5.- Objetivo.- Promover una reforma del Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el Principio Jurídico Laboral, de la Primacía de la Realidad y de la Teoría Dinámica de la Prueba.

6.- Premisa.-

Sobre la base del análisis categorial, de la ineficacia normativa, de las falencias teóricas de nuestros operadores de justicia, la arbitraria valoración de la prueba laboral y el desordenado desarrollo jurisprudencial, se construye esta propuesta de reforma al Código de Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el principio de la primacía de la realidad y la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

II.- DESARROLLO.-

1.- MARCO DOCTRINAL.-

1.1.- Supuestos paradigmáticos.- (epistemología)

"La injusticia extrema no es derecho alguno"

Robert Alexy.-

La tesis conceptual principal del Iusnaturalismo, se fundamenta en la existencia de ciertos principios morales y universales, derechos naturales inalienables (como el derecho a la vida y a la libertad) que son superiores, independientes y anteriores a las normas jurídicas positivas (establecidas por los seres humanos).

Así también, el contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre mediante la razón, y se enuncia desde esta teoría, que si estos principios no son recogidos o sancionados por el ordenamiento jurídico positivo, este último no puede considerarse un verdadero ordenamiento jurídico.

En relación al último punto, no existe uniformidad de criterio por parte de los autores iusnaturalistas. Obviamente, para algunos autores no cualquier omisión o contravención de los principios morales incorporados al Derecho acarrea la invalidez del ordenamiento jurídico positivo.

Al respecto, Robert Alexy (2007), afirmó que puede entenderse que la aplicación de la llamada "Fórmula de Radbruch", propuesta en 1946 por Gustavo Radbruch, la misma que consiste en:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al

contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.

Puede explicarse de dos maneras, que corresponden a lo que él llama la *Tesis de la Irradiación* y la *Tesis del derrumbe*, respectivamente. Así, de acuerdo a la primera, la extrema injusticia de ciertas normas fundamentales del ordenamiento jurídico acarrearían, por vía de contagio, la invalidez de la totalidad del ordenamiento jurídico. De acuerdo a la segunda tesis, la *tesis del derrumbe*, la fórmula debe aplicarse a normas jurídicas particulares, de suerte que el único modo en que un ordenamiento jurídico positivo pudiera ser considerado inválido en su totalidad tendría lugar porque en él hubiese muchas normas particulares extremadamente injustas, de modo que la eliminación de todas y cada una de ellas dejaría al ordenamiento jurídico sin normas suficientes para poder regular las relaciones sociales. Alexy (2007) afirmó que debe desecharse la primera tesis, la *tesis de la irradiación*, en consideración a la certeza jurídica. En consecuencia, sólo admite la segunda forma de aplicación de la fórmula de Radbruch.

Los principios del Derecho Social se diferencian de los principales del derecho individual porque los primeros son de carácter social, es decir, amparan no a un individuo en forma determinada sino a un conjunto de ellos que son explotados por la clase social poderosa; los segundos protegen al individuo en sí, sin atender a su situación socio-económica, más bien se hace abstracción de ella. Los principios del Derecho social son altruistas, buscan el bien social de los económicamente débiles; los del derecho individual, son egoístas, miran al bien individual, por lo tanto, amparan el acaparamiento de la riqueza y consagran la explotación de las clases sociales desafortunadas. Los primeros pretenden liberarnos de la miseria y de la

explotación; los segundos generalmente nos encadenan a ella.

Siendo precisamente el estudio de una normativa social como el Derecho Laboral, y como su desarrollo legal, muchas veces ha resultado inclusive injusto, al punto de desconocer la vigencia del Derecho Natural a la IGUALDAD, que consideramos oportuno enunciar el fundamento ético y filosófico de nuestro trabajo de investigación.

1.2.- Teorías Generales.-

El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho público que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla. (Echandía, H. 1985).

La autonomía del Derecho Procesal del Trabajo no es un criterio unánime de la doctrina, existiendo al respecto términos extremos, desde quienes defienden su negación absoluta, existiendo la aceptan en forma moderada, hasta los que prefieren referirse a la especificidad o especialidad del Derecho Procesal del Trabajo en lugar de referirse a su autonomía.

El más conocido defensor de la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo es el mexicano Trueba Urbina, quien no admite siquiera la sujeción del proceso laboral a los principios de la Teoría General del Proceso, a la que considera de esencia “burguesa”, en tanto que la finalidad del proceso laboral es tutelar a la parte más débil de la relación laboral y en este sentido es proteccionista y reivindicador.

Para Trueba Urbina, el Derecho Procesal del Trabajo es autónomo:

Por la especialidad de sus instituciones, de sus principios básicos y por su independencia frente a otras disciplinas, y no se le puede negar su independencia por más amor que se tenga a la concepción unitaria del derecho procesal y a la ciencia burguesa

Pues su función trascendental –agrega– es la de *impartir justicia social*.

Para este autor, el Derecho Procesal del Trabajo formaría parte de lo que él denomina Derecho Procesal Social, por contraposición al Derecho Procesal Civil, con el cual resulta a su criterio *incompatible*, pues según este autor, la autonomía del Derecho Procesal Social es tal, que no puede formar parte de la clásica Teoría General del Proceso, sino que origina una teoría propia que agrupa a todos los procesos sociales.

El Derecho Procesal del Trabajo formado por un conjunto de principios, instituciones y normas que lo diferencian del procedimiento civil, nos hace llegar a la conclusión que es imposible sociológica, jurídica y económicamente hablando, que se pueda aplicar iguales procedimientos, constituyendo por tanto la jurisdicción especial del Trabajo una excepción al principio de unidad jurisdiccional, debido a las características específicas de la sustancia propia de los conflictos derivados del hecho social trabajo que el Derecho Procesal del Trabajo regula.

COUTURE (1983) llamó al Derecho Procesal Laboral, *Nuevo Derecho*, afirmando que nació para establecer la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico los que ponen su trabajo y los que se sirven de él para satisfacer sus intereses. Afirmó el recordado maestro uruguayo que: “[l]a especialización del juez, resulta, en este caso, una exigencia impuesta por la naturaleza misma del conflicto que es necesario resolver”; no obstante, comprendía también Couture que el procedimiento laboral “aun siendo una rama separada del derecho procesal civil, mantiene muchos de los criterios propios de éste, compatibles con sus nuevos presupuestos políticos y sociales.”

1.3.- Teorías Sustantivas.-

EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD.

La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. (Corte Constitucional, 1993).

El maestro mexicano De La Cueva (2006), de obligatoria consulta, respecto de este principio expresó:

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

El contrato de trabajo es el primer momento de la vida laboral, esto abre paso a todo cuanto con ello se relaciona, pero no es sino hasta el momento en que la labor empieza a prestarse cuando se está frente a su existencia real como figura jurídica, ya que podrá existir acuerdo de voluntades, coincidencia total entre los términos con la actividad que vaya a realizarse, aceptación de las condiciones impuestas, por parte del trabajador, pero no darse la relación de trabajo, al ser éste el efecto del contrato o sea su ejecución.

Por consiguiente, De la Cueva (1994), aludiendo a la concepción del citado principio, estableció que:

La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia no de lo que las partes hubiesen pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva; cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad carecerán de todo valor.

Por su parte, Américo PLÁ (1998), quien recogió la conceptualización realizada por Mario de la Cueva, al ocuparse sobre la concepción del analizado principio indicó que:

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. Agrega el citado autor que: “en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control”, en pocas palabras, para el jurista, será válido lo que ocurra en la realidad por encima de los acuerdos formales o aparentes contratos.

Para Plá Rodríguez, el desajuste entre los hechos y la forma puede tener diferentes procedencias”, las cuales pueden:

➤ “Resultar de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Diferencia que puede versar sobre todos los aspectos del contrato las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones.

Etc.

- Provenir de un error, ya sea imputable a ambas partes o a una de ellas;
- Derivar de una falta de actualización de los datos. El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose continuamente las condiciones de la forma como se presta en servicio. Para que los documentos y plantillas reflejen fielmente todas las modificaciones producidas, deben ser permanentemente actualizadas;
- Originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales. Algunas veces, para ingresar o ascender en un establecimiento se requiere la formalidad del nombramiento por parte de determinado órgano de la empresa o el cumplimiento de cualquier otro requisito que se había omitido”.

En este otro orden de ideas es innegable, que no pocas relaciones de estirpe auténticamente laboral, se pretenden disfrazar como las el de una prestación de servicios, alegándolo así, ante los estrados judiciales de nuestro país, violando una doctrina incrustada en nuestro derecho y jurisprudencia, que nos viene de épocas remotas, la del “**NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS**”, que se traduce en que *Nadie puede alegar su propio error o fraude en su favor*, (Martínez, 2011), pero sin embargo ocurre en la actualidad.

Este principio marca la división clara y tajante entre el Derecho Laboral y el Derecho Civil. Mientras en este el juzgador privilegia la *verdad jurídica*, en Derecho Laboral debe atenerse a la *verdad fáctica*, es decir a cómo ocurrieron los hechos en la realidad. El Derecho Civil considera a los sujetos jurídicos dentro de una atmosfera que contiene una verdad idealizada jurídicamente, construida formalmente; por el contrario el Derecho Laboral los trata dentro de un escenario real, los ubica en su realidad, en su actuación jurídica verdadera; por eso en el Derecho Civil es frecuente la simulación, en cambio, el Derecho Laboral está desgarrada y bajo ningún pretexto se le admite.

Como podemos observar el Derecho Laboral ha invertido los términos: la verdad jurídica cede ante la verdad fáctica y esta inversión produce una forma nueva y diferente dentro del pensar jurídico.

El principio muy conocido de Derecho Civil, el contrato es ley para las partes, no tiene validez en el Derecho Laboral: para este, el contrato no es ley para las partes, lo que significa que aunque en forma libre y voluntaria dos sujetos hubieren celebrado un contrato de trabajo ante la autoridad correspondiente, carece de valor, si sus cláusulas contradicen las disposiciones legales contenidas en el Código del Trabajo o si la labor que efectivamente realizó el trabajador fuere diferente a la que señala el contrato, es un contrato que regula la esencia de las relaciones laborales y no la apariencia o su forma exterior; no es un contrato formal, sino un contrato esencial.

En la oposición entre el mundo real de los hechos efectivos y el mundo formal de los documentos no cabe duda de que debe preferirse el mundo de la realidad.- El derecho laboral regula el trabajo, es decir, la actividad, no el documento. Este debe reproducir fielmente la realidad. Y si hay una divergencia entre ambos planos, el que interesa es el real, y no el formal... Nunca se lo ocurrió a nadie decir que entre el hecho y el derecho gana el hecho. (Cueva, 1994 p.123).

La realidad, que constituye la esencia en las relaciones laborales, no solamente ampara al contrato de trabajo sino también a todos los actos que acaecen durante la vigencia de las relaciones laborales: la realidad domina al mundo jurídico-laboral, por eso al Derecho Laboral le preocupa que la justicia real presida sus actos y desecha la justicia formal, aquella que se realiza fundada en la forma exterior y cuyo ingrediente principal lo constituye la apariencia de legalidad.

En el Derecho Laboral el proceso pierde su formalidad para dar paso a lo

real, a lo sustancial; se despoja de la apariencia para mostrar su esencia real interior.

Como conclusión, por una parte entendemos que resulta aplicable este principio a aquellas situaciones en las que se acude a una ficción, mediante la articulación de maniobras para que no aparezca la verdad, o dicho de otro modo, a aquellas en las cuales se trata de modificar la realidad de las condiciones de una relación laboral.

Por otra parte y como bien lo señaló García Martínez (2011), la importancia de este principio radica en que se constituye como uno de los que le otorga su autonomía al derecho del trabajo, de la rama del Derecho Civil, con todas sus implicaciones legales y procesales.

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

Dentro de los operadores jurídicos la misión de descubrir la verdad o realidad recae en los jueces y de ahí la necesidad de profundizar en lo que los jueces dicen sobre este principio, es decir, resulta útil reconstruirlo a partir de los contenidos de los decisorios judiciales.

Como bien sostiene Ackerman (2007, p.424):

Esta primacía de la realidad... que muestra una íntima relación con la verdad jurídica objetiva, tiene un peso significativo para los magistrados en la

determinación auténtica de la real vinculación existente entre los sujetos del contrato de trabajo a la hora del pleito.

Si bien se aplica en varias ramas del derecho, es en el Derecho Laboral que aparece con mayor nitidez, debido principalmente a la buena fe, la dignidad de la actividad humana, la desigualdad de las partes existentes en la relación de trabajo y la voluntad de las partes, ha sido adoptado como propio por nuestra disciplina jurídica.

TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.-

El Derecho Laboral se inserta dentro del Derecho Social y esto lo diferencia esencialmente del Derecho Civil y del Procedimiento Civil; por lo tanto, los principios de estos no le son aplicables. Una de las consecuencias de esta diferencia se manifiesta en la distribución de la carga de la prueba: en materia procesal civil le corresponde probar siempre a quien afirma un hecho, no así en materia procesal laboral en donde existen excepciones; por ejemplo, una vez que el justifica la existencia de la relación laboral, le correspondería al empleador, demostrar haber cumplido con sus obligaciones laborales. (Corte Suprema de Justicia, 1996)

Por lo tanto, en materia laboral, es innegable que existe una inversión de la carga de la prueba, la cual se materializa en la práctica porque aunque el empleador niegue lo afirmado por el trabajador, debe presentar la prueba respectiva. Así por ejemplo: si el trabajador que ha probado la existencia de la relación laboral que no se le ha pagado el valor de los últimos tres meses de trabajo y no se le ha concedido vacaciones, no es a éste a quien le corresponde aportar la prueba; el empleador debe demostrar que pagó dichos rubros, de lo contrario, se lo condenará a su pago.

Según las reglas procesales vigentes en nuestro derecho positivo “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo” (Código de Procedimiento Civil, 2014) y el art. 114 prescribe: “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se

presumen conforme a la Ley”. Estas normas procesales encasillan a cada parte en un lugar determinado, según nuestro sistema procesal civil, la atribución de la obligación de probar recae, en forma exclusiva, sobre quien afirma los hechos, no sobre quien los niega; por lo tanto, es una obligación unilateral, de solo una de las partes procesales; nunca de las dos; nunca en forma compartida, ni equilibrada.

Sin embargo, con el correr de los años la regla clásica se petrificó y empezó a ser aplicada con carácter absoluto, al punto de convertirse en un dogma del derecho probatorio. Es así como aparece la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que propende por una flexibilización de la carga de la prueba, afirmando que en ciertos casos en los que la aplicación de las reglas tradicionales llevarían a una situación de imposibilidad probatoria, la carga pudiera recaer en ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre, por diversas razones, en mejores condiciones para producirla.

La justificación de la teoría es defendida desde muchos puntos de vista que podrían resumirse de la siguiente manera: concreción de la equidad para un caso concreto, un nuevo entendimiento de la labor del derecho procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas rígidas, criterio de equidad en la relación procesal, deberes de lealtad y buena fe procesal, deberes de las partes de colaborar con la administración justicia, y un nuevo entendimiento de la labor del juez en la dirección del proceso. Trujillo (2007, p.75).

El concepto de carga probatoria conceptualmente difiere del deber y obligación:

Una carga es “Un poder o una facultad, de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables. Echandía (2012, p. 63).

Las investigaciones procesales realizadas han concluido que la actual forma de distribución de la carga de la prueba civil a más de injusta es inmoral y consideran que, si bien existe el principio de igualdad de todos ante la ley, en la relación procesal, las partes ocupan diversas posiciones y una puede estar ubicada en mejor lugar que otra en el conocimiento de los hechos y, además encontrarse en posesión de la prueba. La situación procesal actual resulta injusta respecto a una de las partes y favorece los intereses de la otra; propiciando el ocultamiento de la prueba.

Ante esta situación que no permite una buena administración de justicia, Peyrano (p.399 y ss) desde otro ángulo, diferente al punto de vista tradicional, ha esbozado, con éxito, la denominada *teoría de la carga dinámica de la prueba*. Su teoría ha tenido especial aplicación en la solución de los problemas relacionados con la mala práctica médica donde el misterio de lo que ocurre en el quirófano y su posterior comprobación, depende, única y exclusivamente, de la buena fe de los galenos demandados. En general, se le aplica en los conflictos jurídicos de responsabilidad profesional donde ha encontrado un exitoso campo de aplicación.

Esta nueva doctrina que ha merecido amplia y fecunda recepción en la jurisprudencia de varios países, especialmente, en Argentina, España y Colombia, tiene como fundamento el deber de colaboración, el principio de solidaridad del demandado para arribar a la verdad real. Para que la justicia adquiriera una mejor calidad esta teoría distribuye la obligación probatoria en mejor forma que a tradicional y obliga a aportar la prueba, no, a quien afirma la existencia de un hecho, como ocurre actualmente, sino a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones para producirla.

De aquí su denominación; *carga dinámica*, por oposición a *carga estática*, esta nueva teoría traslada la obligación de aportar la prueba hacia el sujeto que la posee o, por su ubicación, está en mejores condiciones de suministrarla.

El ilustre maestro PEYRANO (2007), nos enseñó que: “Se considera regla

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

Esta regla tiene un carácter eminentemente dinámico porque la obligación de probar nunca reside en una sola de las partes puesto que no está atada a preceptos rígidos y estáticos, sino que, en cada caso, depende de las circunstancias. Según esta nueva concepción, la obligación de presentar la prueba puede recaer ya en el actor o en el demandado según fuere las circunstancias del caso concreto y la situación en que se encuentra cada parte procesal respecto a la prueba; a su existencia y a su acceso, porque los litigantes tienen la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica.

La superioridad técnica, la posesión de la prueba y la mejor aptitud probatoria de una de las partes, generan la obligación de aportar la prueba. En consecuencia, quien no posee dichas calidades no tienen obligación de suministrar prueba alguna.

La carga de la prueba ya no depende de la afirmación de un hecho, ni se relaciona con dicha afirmación, sino de la posibilidad en que se encuentre la parte de aportarla.

Ferrajoli, permanentemente predica sobre la necesidad justamente de respetar las diferencias y acerca de la conveniencia de no permanecer indiferente ante lo distinto, indicando además que esta teoría no establece presunciones en contra de ninguna de las partes.

Con esa nueva teoría, la negativa pura y simple de los hechos nunca más será trinchera donde las partes permanezcan en forma segura y tranquila; su apacible posición terminó con el nacimiento de esta teoría.

EL catedrático español de la Universidad Autónoma de Barcelona, Francisco Pérez Amorós, afirmó lo siguiente:

...Es así, que la protección del trabajo exige un replanteamiento de la versión tradicional del principio de igualdad. En Derecho del trabajo la igualdad no se supone, como en Derecho civil; el Derecho laboral constata la desigualdad real e intenta corregirla y censurarla...

En palabras del maestro Couture, el tradicional *principio de igualdad ante la ley es una simple suposición jurídica*, por lo cual es necesario compensar la desigualdad real también en el proceso, de tal modo que el propósito del Derecho procesal del trabajo debe ser el de *evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la Justicia*.

Es indudable que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, (Donaires, 2014) puesta en relieve en nuestro continente por el maestro Peyrano, en coautoría con Chiappini, a partir del año 1984, actualmente viene ganando reconocimiento en la legislación procesal comparada, luego de una experiencia exitosa en la jurisprudencia igualmente comparada. Una muestra de ello, es lo que ha venido sucediendo en Colombia y Chile, donde la legislación procesal ha acogido esta innovación procesal, lo que corrobora su eficacia y la necesidad de implementarlo en nuestro país.

En el proceso laboral, el principio de igualdad, que nace del mandato constitucional de protección del trabajador, es el de la *desigualdad compensatoria*, constituye como la mayoría de temas relacionados a la materia, una revolucionaria manera de desarrollo del Derecho.

Ahora bien, las reglas de la carga de la prueba no sólo están dirigidas a las partes, sino también a la actividad del juez. No sólo proporciona información respecto de cuál debe ser la labor de las partes en caso de que quieran hacer prosperar sus pretensiones, sino que también evita que el juez emita sentencias inhibitorias que no resuelvan el problema de fondo al proporcionarle una regla de juicio en casos de insuficiencia probatoria. Es así como se afirma, según las doctrinas clásicas del derecho probatorio, que los litigantes deben probar los presupuestos fácticos que invocan como

fundamento de su pretensión, de manera tal que si no lo hacen, el juez impondrá las consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria o falta de certeza en quien tenía la carga de probar. Tepsich (2010, p.155).

En consecuencia, por mandato constitucional, el proceso laboral ecuatoriano no puede sino ser protector y compensador de desigualdades. Si no lo fuera, caería en la ineficacia y en la inconstitucionalidad.

1.4.- Referentes Empíricos.-

A.- Aplicación jurisprudencial de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas. Pedro Donaires Sánchez. (derechoycambiosocial.com).

B.- El Principio De La Primacía de la Realidad en las relaciones laborales de la administración Pública. Jaime Alejandro Díaz Vargas.

C.- Aplicabilidad de la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas al Proceso Civil peruano. Walter Eduardo Campos Murillo.

D.- La Primacía de la Realidad.- Patricia Hernández Álvarez.

E.- Legislación comparada.

1.- Código Procesal Civil Perú:

Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

2.- Código General de Procesos Colombia.- Carga de la prueba.-

Artículo 167.- Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

F.- Jurisprudencia Internacional.-

Corte Suprema Chile, sentencia de 31 de marzo de 2003, Rol No. 2.739-02

"E/ relevante principio de la primacía de la realidad, que rigen (sic) el Derecho Laboral, sostiene que en el case de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos debe darse preferencia a lo primero. "La realidad - expresa Américo Pla Rodríguez - refleja siempre necesariamente la verdad". La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad ~ que es lo mismo que decir el imperio de la verdad - equivale a rendir tribute al principio de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como una exigencia indispensable de la propia idea de justicia" (Corte Suprema, sentencia de 31 de marzo de 2003, Rol No. 2.739-02).

Sentencia C 006-96, Corte de Justicia de Colombia.

Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

"...La realidad de las condiciones de trabajo de los profesores ocasionales, es similar a la que presentan los profesores de carrera; ello implica que dicha realidad supera la intención que al parecer subyace en la formalidad que consagra la norma impugnada, referida a que sus servicios se reconocerán a través de resolución, lo que no puede entenderse como razón suficiente para que el patrono, en este caso la universidad estatal u oficial, desconozca las obligaciones que le asisten en una relación de trabajo, diferente a la contratación administrativa, como si lo es la de los profesores catedráticos a los que se refiere el artículo 73 de la Ley 30 de 1992, y los derechos del trabajador por ser éste ocasional. Los profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento. Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio (Universidad Nacional de Colombia, 2005).

2.- MARCO METODOLÓGICO.-

2.1.- Metodología.- Cualitativa

2.2.-Método.- Estudio de Casos.

La metodología de nuestro trabajo de investigación, estará basado en el estudio de casos, propuesto entre otros autores por Robert Yin (1994), quien lo define como:

“Una investigación de estudio de caso trata una situación donde están involucradas más de una variable de interés; y como resultado, se basa en múltiples fuentes de evidencia, con datos que deben converger en un estilo de triangulación; y también como resultado, se beneficia del desarrollo previo de proposiciones teóricas que guían la recolección y el análisis de datos”.

2.3.- Categorías y Dimensiones Analíticas.-

1.- Normativas.

1.1.- Inexistencia de norma jurídica laboral relativa específicamente al principio de la Primacía de la Realidad.

1.2.- Insuficiente desarrollo normativo laboral, de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba.

2.- Falencias cognitivas de los Juzgadores.

2.1.- Conocimientos doctrinarios.

2.2.- Actualización de fundamentos teóricos.

3.- Arbitraria valoración de la Prueba.

3.1.- Metodología de valoración probatoria del Derecho Civil.

3.2.- Independencia de la rama Jurídico Laboral como parte del Derecho Social.

4.- Desordenado e insuficiente desarrollo jurisprudencial.

4.1.- Inexistencia de codificación Jurisprudencial.

4.3.- Desarrollo Jurisprudencial contradictorio.

2.5.- Instrumentos.-

A.- Entrevistas a expertos y litigantes en Derecho Laboral.-

- 1.- Abg. Alfredo Cuadros Añazco
- 2.- Abg. Hugo Flores Torres
- 3.- Dr. Sabino Hernández Martínez
- 4.- Abg. Carlos Barrionuevo Cabanilla

B.- Sentencias de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas.-

- 1.- Juicio No. 810-2012
Actor: Antonia Villón Quinde
Demandado: Inmobiliaria Lucio S.A.

- 2.- Juicio No. 631-2012
Actor: Pedro Pivaque Loor
Demandado: Compañía Puerto Trinitaria Trinipuerto S.A.

- 3.- Juicio No. 147-2012
Actor: Juan José Martínez Vera
Demandado: Comité Olímpico Ecuatoriano

C.- Resolución de trámite administrativo de visto bueno, ante Ministerio de Trabajo.-
Expediente No. 141238-2014
Peticionario: Luis Armengol Lastra Tenorio.
Accionada: Facay S.A.

D.- Sentencias de Corte Nacional de Justicia del Ecuador.-

- 1.- PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL
Fecha: 19 de Julio de 2007
Juicio No. 907-2006

2.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Fecha: 9 de Mayo de 2013

Juicio No. 016-2013

3.- PRIMERA SALA DE LO LABORAL

Fecha: 2 de Febrero de 2010

Juicio No. 907-06

E.- Constitución del Ecuador.

Art. 33

Art. 325

Art. 326

Art. 327

F.- Código de Trabajo.

Art. 577

Art. 581

Art. 596

G.- Código de Procedimiento Civil.

Art. 113

Art. 114

2.6.- Unidad de Análisis.-

1.- Existe en la práctica de nuestra profesión, y específicamente del derecho laboral, circunstancias que surgen dentro de una contienda, tales como, la necesidad de acreditar ante la autoridad judicial, la existencia misma de una relación de trabajo, la misma que inclusive es muchas veces negada por parte de los demandados, constituyéndose como el principal problema para quien busca justicia, trabándose la Litis en ese sentido.

Los demandados, tal como observamos en la cotidianidad, tratarán de argüir tesis como la supuesta existencia de un contrato mercantil o de prestación de servicios profesionales, mediante la emisión de facturas con un determinado número de RUC, e inclusive no es extraño que ciertos empleadores inescrupulosos exijan para su contratación, que el trabajador se encuentre registrado mediante una matrícula de comercio como empresario independiente.

Todas estas herramientas para pretender simular fraudulentamente la existencia de una relación civil o mercantil, para con esta evadir las responsabilidades inherentes a una relación de trabajo, es decir, que el particular es de inobjetable trascendencia para que el empleado o trabajador pueda exigir las prestaciones que por su calidad le corresponden y así poder desempeñar su rol como ser humano y satisfacer sus necesidades y las de los suyos.

Es todavía común encontramos con innumerables casos, que como los supuestos relatados, nacen de la insolvencia moral de ciertos empleadores, que procuran la existencia de una serie de documentos tales como facturas, contratos de naturaleza civil, registros únicos de contribuyentes, matriculas de comercio, etc., con la finalidad manifiesta de pretender acreditar ante un eventual juicio, la supuesta inexistencia de una relación de trabajo.

Para lo manifestado, nuestro desarrollo jurisprudencial ha dado grandes avances en el sentido de promover la aplicación del principio de la primacía de la realidad, objeto principal del presente proyecto, así también la doctrina nacional e internacional ha hecho su parte, con el propósito de justificar conceptualmente su aplicación y su vigencia, sin embargo consideramos, que la ratificación normativa de este principio, en concordancia con el artículo 327 de la Constitución del Ecuador, otorgaría a nuestros operadores de justicia, las herramientas adecuadas para buscar la verdad que muchas veces se encuentra oculta detrás de los documentos. Es decir, para buscar primordialmente la verdad de los hechos, y la esencia misma de la prestación

que se ejecuta por parte del trabajador, esta vez como una obligación impuesta por mandato legal.

La necesidad de plasmar normativamente el principio estudiado, obedece no solo a implantar obligaciones a nuestros juzgadores para restringir la arbitraria aplicación del Derecho, sino también, a utilizar la norma jurídica para desmotivar a la clase empresarial ecuatoriana y a los empleadores en general, a la utilización de herramientas jurídicas que pretendan desconocer la esencia misma de una relación de trabajo, y fomentar de esta manera el cumplimiento de las obligaciones patronales.

Así también contraviniendo el principio de continuidad laboral, de la revisión efectuada en los juzgados y tribunales de nuestro país, existen antecedentes de empleadores que contratan a sus empleadores mediante un sistema contractual rotativo, es decir, que los servicios lícitos y personales del colaborador son ejecutados en la realidad siempre para un mismo empleador, pero en lo documental, se suscriben anualmente una serie de contratos con diversas personas naturales y jurídicas, los cuales pretenden desconocer la antigüedad del colaborador y significa un menoscabo a sus prestaciones de orden laboral.

Estos tipos de contingencias judiciales, han sido resueltas muchas veces en forma favorable por nuestros operadores de justicia, sin embargo no existe muchas veces uniformidad de criterios, al no constituirse propiamente como un mandato de jerarquía normativa, en referencia a lo manifestado y con el propósito de justificar lo expresado en líneas anteriores, haremos referencia puntualmente a los instrumentos de análisis:

A.- En el Juicio 810 – 2012, se hace evidente el criterio contradictorio en una misma sala de Jueces Provinciales, en donde podemos observar que dos de los magistrados otorgan preponderancia probatoria a las facturas emitidas por la actora, y a las facturas de la supuesta competencia que fueron incorporadas por el demandado, sin pronunciarse siquiera respecto a la pertinencia o no, de aplicar el Principio de la

Primacía de la Realidad, desconociendo la existencia de una relación de trabajo mediante el fundamento de que no ha existido el elemento subordinación, y que la actora manejaba un negocio independiente.

Por otro lado dentro de los apéndice e instrumentos analizados dentro del mismo juicio, podemos observar que el voto salvado de la referida Sala, en absoluta contradicción conceptual respecto a los mismos hechos, evidencia de forma expresa que dentro de la contienda no constan procesalmente contratos de carácter civil ni otra prueba instrumental sobre el supuesto vínculo o labor comercial de la actora alegada por los demandados, analiza con preponderancia que la actora del juicio incorporó la llave de ingreso a su lugar de trabajo, es decir de las instalaciones de los demandados, y destaca además que la demandada entregaba anticipos o suplidos a la actora, circunstancia típica de una relación de trabajo.

En virtud de lo manifestado, este juzgador llegó a la conclusión que los hechos acreditaban la existencia de una relación de trabajo, sin embargo la autoridad de trabajo no fundamentó su razonamiento en ninguna resolución jurisprudencial o alguna referencia doctrinaria, es más, mediante el fallo se afirmó que por parte de los accionados se pretendió simular una falsa contratación civil .

Es por lo expresado anteriormente, que podemos advertir que la inexistencia de una disposición expresa de la norma, facilita el uso arbitrario o la falta de aplicación de un principio jurídico trascendental e inherente al carácter social a nuestra rama de estudio.

Encontrarnos como un ejemplo como el esbozado, nos obliga a admitir que la libertad que nuestro sistema otorga a los juzgadores para la ejecución de este tipo de conceptos acarrea impunidad laboral. En este juicio en particular los dieciséis años de servicios lícitos y personales prestados por la actora, sucumbieron ante la formalidad absurda e inhumana de los documentos, en este particular caso un registro único de contribuyentes y un talonario de facturas fueron suficientes, para que un

voto de mayoría le otorgue a una humilde trabajadora la calidad de empresaria independiente.

B.- En el apéndice No. 3, que hace referencia a la resolución de Corte Provincial del juicio No 147-2012, el mismo que nos otorga importantes elementos para el análisis, y se constituyen como uno de los usuales problemas jurídicos, que tienen que dilucidar los juzgadores. Esto es otorgar la preponderancia, que corresponde por mandato jurisprudencial, a la realidad, frente a la formalidad documental.

En este caso objeto de análisis el actor ha propuesto su demanda con la pretensión de que se reconozca como una relación de trabajo los servicios prestados a la demandada, sin embargo esta aduce que los servicios prestados corresponden a una relación contractual de carácter civil.

En el juicio analizado el actor ha solicitado y practicado pruebas con la evidente intención de demostrar que sin perjuicio del contrato firmado, en la práctica, la actividad mantenía una naturaleza distinta. Esto es que se le impone a los juzgadores la obligación de dilucidar la controversia y determinar la esencia de la referida relación.

Podemos evidenciar en el expediente analizado que el juez de instancia deslegitima el documento o contrato de prestación de servicios suscrito por las partes, argumentando que una de las cláusulas del mismo, establece la obligatoriedad de que estos supuestos servicios independientes sean prestados desde un espacio físico proporcionado por el contratante, casualmente en el lugar donde se desarrollan sus actividades económicas. Así también la juzgadora desacredita la veracidad del precio pactado dentro del mencionado contrato, aduciendo que resulta inverosímil que se pacten servicios técnicos por un precio que no justifica la inversión que debía realizar un contratista de estas características, es decir que fue posible para esta juzgadora derrumbar la apariencia y la formalidad, con el propósito de impartir justicia.

Es importante el fallo de instancia por cuanto cita una relevante resolución de Corte Suprema de Justicia expedida en Quito el 2 de agosto del 2001 que recomienda a Jueces y Magistrados lo siguiente:

Para una mejor aplicación de los principios tutelares que informan a la legislación laboral, es recomendable que jueces y magistrados, al momento de pronunciarse en los correspondientes procesos que se vinculan con la intervención de terceros o que se relacionen con documentos que tiendan a disfrazar la naturaleza laboral de quienes contratan, obren o procedan con el rigor que corresponde para encontrar la verdad y declararla, en cumplimiento de su sagrada misión de impartir justicia.

Lo analizado corrobora que si bien en cierto nuestro desarrollo jurisprudencial respecto del principio objeto de nuestro estudio es informado y serio, el mismo no garantiza la efectiva vigencia y aplicación judicial de la Primacía de la Realidad, razonamiento con el cual coinciden varios de los expertos laboristas consultados específicamente el Doctor Sabino Hernández Martínez, quien sostiene que los operadores de justicia aún mantienen una mentalidad individualista, propia del derecho civil clásico, que se sustenta en los principios laborales liberales de la igualdad de la ley y la autonomía de la voluntad.

Por lo manifestado, arribamos a la misma conclusión, es decir que en nuestra realidad jurídica la aplicación de este imprescindible principio, sigue estando sometida, al arbitrio o a la capacidad académica del operador de justicia, circunstancia que se constituye como un factor desencadenante de impunidad laboral, y que nos debe motivar a exigir que nuestro Estado garantice a los usuarios del servicio judicial certidumbre jurídica y un debido proceso.

2.- En relación a la prueba dinámica, debemos advertir que la común defensa de *negativa pura y simple* enunciada por los demandados, y la obligatoriedad legal

impuesta por el Código de Procedimiento Civil en los artículos 113 y 114, se convierten en el peor enemigo del actor de un proceso laboral frente a la pretensión del reconocimiento de sus derechos, de igual forma se constituyen como una limitante inmoral para que los juzgadores puedan cumplir con su esencial objetivo y razón de ser, esto es, la búsqueda de la verdad.

Existen circunstancias fácticas que no pueden ser demostradas únicamente con el ejercicio y la actividad probatoria de una de las partes, para lo cual se hace indispensable para efectos de cumplir con la igualdad en el proceso, y de que las partes cuenten con todas las herramientas indispensables, que la norma exija de quien se encuentre en mejor posición para producir prueba y de quien se encuentre en posesión de la misma, en relación a registros o documentación, que el referido material probatorio sea presentado ante la autoridad judicial, para que de esta única forma se pueda motivar y dictar la sentencia que en virtud de los hechos corresponde.

El dinamismo en el aporte de las pruebas por corresponder al Derecho Social, ya ha motivado anteriormente en virtud de la necesidad de identificar la verdad dentro de la relación trabajador – empleador, la inserción vía jurisprudencial y doctrinaria de la herramienta probatoria de la inversión de la carga de la prueba, cuyo marco conceptual es distinto a nuestro de estudio, pero sin embargo se constituye como un referente de reconocimiento doctrinario mundial, que fijó la necesidad de modificar las reglas clásicas del derecho probatorio civil, para precautelar los intereses y derechos de la clase obrera.

Existen supuestos jurídicos tales que ubican al actor dentro de una contienda judicial o administrativa de orden laboral, con la obligatoriedad normativa de probar circunstancias tales como el pago de las remuneraciones, o la ejecución de horas extras, particulares respecto de los cuales el empleador podría mantener un registro inclusive, o encontrarse en una posición privilegiada para la práctica de la referida carga probatoria, sin embargo frente a la inacción generalmente el gran beneficiario es el demandado, a quien difícilmente se le ocurriría incorporar documentación que

podría perjudicar a sus intereses, peor contribuir a la verdad esencial de aquella relación de trabajo, sin un mandato judicial de por medio.

La implementación de la carga dinámica de la prueba como una herramienta procesal laboral dentro de nuestra norma, sería un golpe al tablero, en lo referente a materia probatoria laboral, por cuanto se constituiría en una herramienta procesal de aplicación obligatoria, que permitiría que la inacción no sea un escondite para la impunidad.

Si bien es cierto cuarto inciso del artículo 581 del Código de Trabajo ecuatoriano, promueve una presunción de derecho desarrollada de manera escueta, sin embargo dentro de la revisión judicial de nuestra investigación, pudimos establecer que la misma no garantiza de forma eficiente el derecho al debido proceso y a la aplicación favorable de los preceptos jurídicos laborales relativos a la prueba, por lo que dentro de nuestra propuesta, constará la pretendida reforma, al inciso que citaremos a continuación.

Art. 581. 4to. Inciso.

En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio. Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliera con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia. (Código del Trabajo, 2011).

A.- Dentro del Juicio 631-2014, el mismo que se incorpora como apéndice No. 4 del presente trabajo de titulación, y que contiene la resolución de Corte Provincial, podemos apreciar que al actor de la referida contienda jurídica se le impone la obligación legal de probar lo que alega, lo que guarda relación y

concordancia con las normas del procedimiento civil.

La resolución analizada reconoce la existencia de una relación de trabajo entre el actor y la compañía demandada, correspondiendo a la accionada por mandato jurisprudencial demostrar el cumplimiento de los beneficios sociales y demás rubros a favor del actor.

En el juicio objeto de nuestro análisis, la demandada presentó como excepción la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, y no asistió a rendir la confesión judicial solicitada por el actor, ni exhibió los documentos peticionados en la audiencia preliminar tales como justificativos de pago, de decimotercer sueldo, decimocuarto sueldo, vacaciones y horas extraordinarias y suplementarias.

Sin perjuicio de lo manifestado, indicando además que la confesión judicial contenía preguntas relativas a demostrar que el actor laboró en un horario de 08h00 a 22h00, las mismas que recibieron una respuesta positiva en virtud de la declaratoria de confesa que recibió la accionada, los juzgadores estimaron que el actor en relación a la pretensión por pago de horas extraordinarias y suplementarias, no había incorporado o practicado documentos o pruebas que justifiquen haberlas realizado, esto es, que las autoridades del trabajo no consideraron suficiente el argumentos probatorio de la presunción legal que establece el artículo 581 del Código del Trabajo, y castigaron al actor por su ineficacia probatoria.

En otras palabras los juzgadores menospreciaron la posición y condición ideal para ejecutar pruebas relativas al número de horas trabajadas por el actor, que evidentemente recae sobre la demandada, quien deberá mantener registros y demás documentos, con lo cuales se hubiera logrado que el proceso judicial cumpla su rol principal, esto es, la búsqueda de la verdad.

Nuestro análisis nos invita a cuestionar respecto a nuestro sistema actual y a la necesidad de la inclusión de cargas probatorias dinámicas, que les permita a los jueces ejercer de mejor forma el principio de inmediación, desterrando los inmorales beneficios de la inacción probatoria. Nuestro trabajo de tesis estima que esta inclusión normativa permitirá implementar una verdadera protección a los trabajadores en nuestro país y evitará o disminuirá las arbitrariedades conceptuales en las que incurren nuestros jueces.

B.- En el apéndice No. 1, en donde constan las entrevistas realizadas a expertos litigantes y acreditados juristas del ámbito laboral de nuestro país, respecto a las características eminentemente sociales del derecho laboral, los entrevistados en su mayoría afirmaron que éstas exigen una valoración probatoria y un ejercicio probatorio distinto, y podría considerarse que en ocasiones, opuesto al clásico procedimiento civil.

En relación a lo manifestado coincidimos plenamente con lo expresado por el Mgs., Carlos Barrionuevo Cabanilla, quien afirmó lo siguiente: “Muchas veces las normas procesales no ayudan como medio para llegar a la verdad, sino más bien son un obstáculo, favoreciendo más a la estrategia jurídica, que a la justicia”

Es indiscutible que el derecho laboral impuso una nueva forma de pensar el derecho, y es evidente también que su naturaleza y característica proteccionista hacen que las ataduras procesales emanadas del formalista Derecho Civil sucumban ante la necesidad de descubrir la verdad y reconocer derechos que se han pretendido omitir, bajo esta lógica y con este antecedente las cargas procesales dinámicas encuentran fundamento conceptual y filosófico.

Los expertos entrevistados una vez que reconocen la especialidad de esta rama del derecho nos han permitido desarrollar una búsqueda exhaustiva con el propósito de sugerir y exigir que nuestro sistema judicial reconozca la mayor cantidad de garantías procesales posibles para que el usuario del sistema judicial por

intermedio de su juez natural obtenga la mayor cantidad de garantías judiciales posibles con la intención de procurar un proceso que garantice la denominada igualdad compensatoria. Dentro de esta búsqueda surgió el concepto de las cargas probatorias dinámicas, doctrina de amplio desarrollo en la jurisprudencia argentina y de reciente incorporación a los códigos procesales de los países hermanos de Colombia y Perú.

Este principio, el mismo que ha sido desarrollado dentro de nuestro trabajo de investigación, permitiría que nuestros juzgadores castiguen el letargo probatorio y garanticen la vigencia de la justicia laboral en cada uno de sus fallos, particular que ideológicamente se opone a la flexibilización y desregulación que habían infestado de arbitrariedad nuestro sistema en perjuicio de la clase trabajadora.

El reciente Código Orgánico General Del Procesos sin perjuicio de que promueve una serie de avances en materia probatoria no ha considerado aún de la forma propuesta en esta investigación la metodología de valoración de pruebas mediante las cargas dinámicas, esto es que no obstante al desarrollo jurídico regional en relación a la teoría analizada, los legisladores ecuatorianos aun no consienten esta inclusión, que impondría un mandato legal proteccionista, el mismo que consideramos inminentemente e imperiosamente necesario.

La referida norma establece en relación a las cargas probatorias lo siguiente:

Art. 169.- (...) La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar (...)

Según lo revisado es evidente que nuestros legisladores no han resuelto

introducir normativamente la teoría de las cargas dinámicas, por cuanto si bien es cierto establecen la posibilidad procesal de que los juzgadores impongan correctivos o soliciten de oficio material probatorio, la norma no establece el castigo legal que supondría el incumplimiento, esto es la presunción legal que favorecería al solicitante de determinada prueba, frente al que esconde u obstaculiza el acceso a las mismas cuando esté, o sea razonable pensar que esté, en posesión de aquellas, pretendiendo beneficiarse de su propia inacción probatoria, constituyendo aquello inclusive una flagrante deslealtad procesal.

Como pudimos revisar los avances de nuestra normativa respecto a la distribución de las cargas probatorias o al dinamismo de las mismas, no corroboran el desarrollo normativo relacionado con estos conceptos que se evidencian en nuestra región, es así que el Código Procesal peruano en su artículo 282 permite al juez extraer conclusiones contrarias a los intereses de las partes en virtud de la notoria falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios.

De igual forma el Código General de Procesos de Colombia otorga la posibilidad al juzgador de distribuir las cargas probatorias exigiendo determinada prueba a una de las partes, en virtud de encontrarse en una situación más favorable para aportar la misma. Lo relatado nos invita a reflexionar respecto de la protección que nuestro sistema otorga frente a ramas jurídicas de interés social como niñez, familia, y derecho del trabajo y exige replantearnos como sociedad el fundamento filosófico de nuestros códigos procesales y sustantivos.

C.- Dentro de las resoluciones analizadas, incorporamos el apéndice No. 5, que guarda relación con un trámite administrativo de Visto Bueno petitionado por un trabajador que responde a los nombres de Luis Armengol Lastra Tenorio en contra de la compañía FACAY S.A., el mencionado peticionario fundamenta su solicitud en el artículo 173 del Código de Trabajo, numeral 2, el que citamos a continuación:

Art. 173.- El trabajador podrá dar por terminado el contrato de

trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

2. Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,...

La norma citada confiere al trabajador la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos ante la demora o la falta de pago de su empleador, circunstancia alegada por el peticionario, quien manifestaba en su solicitud que su empleadora había incumplido con sus obligaciones de pago desde hace más de cinco meses, y que el método de pago tradicional por sus actividades laborales era en efectivo contra la firma de un rol de pago, que según el trabajador, nunca era entregado al mismo.

El expediente fue admitido al trámite por a Inspectora Provincial del Trabajo Abg. María José Moreno Herrera, quien dispuso la notificación de la parte demandada en las instalaciones donde ejecutaba sus actividades.

Esta contienda jurídico administrativa guarda indiscutible relación con la teoría objeto de nuestro estudio por cuanto en esta particular relación laboral, la misma que fue admitida por la accionada quien se encuentra en indiscutible mejor posición para demostrar el pago de haberes laborales es sin duda la compañía empleadora es decir que la obligación de probar de conformidad con las reglas del artículo 113 y 114 de Código de Procedimiento Civil, normal supletoria del Código del Trabajo, resulta absurda, injusta e inhumana, y obstaculiza a que el Derecho pueda cumplir con su finalidad, es decir pretender que el trabajador demuestre lo que afirma lo sitúa en una indiscutible posición de desigualdad, particular que debe ser corregido por el órgano administrativo y la obligación protectora de la cual es beneficiario el obrero.

Así también realizando el análisis desde la visión empresarial, es decir la accionada resultaría absurdo y descabellado pensar que la misma accionada presente ante la autoridad administrativa en caso de no haber cumplido con su obligación de pago roles que no contengan la firma del accionante y que por ende acrediten la

veracidad de lo argüido por el trabajador peticionario.

Esta dicotomía hace evidente el problema recurrente ante el cual se enfrentan nuestros obreros en virtud de la posición y posesión privilegiada de material probatorio en la que se sitúan y de la que gozan la clase empresarial, esto es que el sistema frente a este tipo de fenómenos jurídicos debe dar respuestas ágiles y efectivas con el primordial objetivo de que los procesos administrativos o judiciales descubran la verdad y solo conociendo ésta, impartan justicia.

En el caso analizado en virtud de la alegación realizada respecto a esta teoría jurídica y por encontrarnos con una autoridad laboral debidamente informada, como es normal la accionada, sin perjuicio de haber reconocido la relación de trabajo y de no haber incorporado información que demuestre la cancelación puntual de sus obligaciones laborales recibió la sanción procedimental que correspondía por su inacción, letargo o pasividad probatoria, esto es, que la autoridad administrativa concedió el visto bueno solicitado por el trabajador citando paradójicamente al maestro Pereyrano y de conformidad también con la jurisprudencia ecuatoriana.

Lo analizado corrobora que existen determinadas circunstancias que exigen del derecho positivo respuestas efectivas, ágiles y eficaces que garanticen a los usuarios que someten sus controversias al sistema judicial, resoluciones o fallos enmarcados en la justicia y la verdad. Con el presente trabajo no pretendemos desconocer la valía de las normas clásicas de la valoración de la prueba y su absoluta vigencia, sino que procuramos frente a la excepcionalidad otorgar herramientas, las mismas que en virtud de esas características esencialmente mutables del derecho, permitan que los ciudadanos robustezcan la confianza en nuestro sistema de justicia, en todos los niveles.

2.7.- Gestión de Datos.-

Dentro de nuestro trabajo de investigación, consideramos indispensable

definir con claridad las técnicas e instrumentos de recolección que hemos utilizado, por cuanto una vez que hemos planificado y conocido las necesidades de nuestro objeto de estudio, procedimos a recolectar los datos de la realidad aplicados a la situación a estudiar, para su posterior análisis.

Según, Arias, F. (2007) “Las técnicas de recolección de datos son las distintas formas o maneras de obtener la información”. Son ejemplos de técnicas, la observación directa, la encuesta y la entrevista, el análisis documental, de contenido, entre otros.

2.8.- Criterios Éticos.-

El maestrante declara expresamente, que la presente investigación ha sido realizada, bajo los más altos estándares éticos y morales, los cuales han sido promovidos y constatados por el Sistema de Postgrado de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

2.9.- Resultados y Argumentos.-

1.- Luego del análisis realizado a los documentos, resoluciones, sentencias, entrevistas y normas legales, consideramos indispensable remitir nuestra propuesta de reforma legal ante la Asamblea, máximo órgano legislativo del Ecuador. De tal manera que se puede interpelar a nuestros legisladores, de la Comisión de los derechos laborales, respecto de las injusticias sociales que ocasiona el uso indebido o la falta de aplicación de principios y teorías del derecho laboral mundial, las mismas que alrededor del mundo son grandes instituciones jurídicas, y en nuestro país meras referencias doctrinarias.

2.- Los resultados obtenidos dentro de nuestra investigación, respecto a lo que ocurre en relación al objeto de estudio, es determinante para argumentar la

necesidad de socializar la propuesta de reforma desde la academia, a efectos de generar una autocrítica dentro de nuestro sistema de justicia laboral, con la intención de solucionar los problemas de aplicación que mantiene para su efectiva vigencia el principio de la Primacía de la Realidad, y determinar la necesidad de incluir normativamente la teoría de la prueba dinámica en derecho laboral.

3.- Resulta evidente, luego de la revisión efectuada en las resoluciones judiciales, que nuestro sistema presenta problemas de vigencia y ejercicio de los derechos de las partes, que facilitan la impunidad laboral, y nos plantean la necesidad de redefinir la prueba en el derecho laboral, para lo cual se deberá requerir al Consejo de la Judicatura, la actualización de conceptos laborales, mediante una revisión anual de fundamentos cognitivos, a cada uno de los operadores de justicia laboral, a efectos de que el dinamismo de nuestra sociedad, se visualice en nuestra aplicación del derecho, erradicando prácticas del derecho civil clásico, en el actual desarrollo de la rama laboral.

4.- Los resultados nos obligan moralmente a generar un gran debate académico respecto de la importancia de incluir normativamente el principio de la primacía de la realidad y la teoría dinámica de la prueba, sin perjuicio de la existencia no contradictoria de los conceptos de la autonomía de la voluntad de las partes y la igualdad ante la ley, los mismo que no son absolutos para el Derecho Laboral, por su carácter proteccionista y social.

3.- PROPUESTA VALIDADA POR EXPERTOS.-

Luego de conceptualizar los principios objeto de estudio, detallando sus aspectos positivos, se logra determinar que el problema identificado, encuentra solución al momento que se difunde el conocimiento de estos elementos indispensable para repensar el derecho laboral, garantizando en el ordenamiento jurídico y en el accionar de operadores de justicia, el fiel cumplimiento de cada uno

de los principios laborales que rigen nuestra actividad, con el propósito de que sean considerados como primordiales para el correcto desempeño de sus funciones, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia mundial, así también en concordancia con las sugerencias y convenios suscritos con la OIT.

Sin embargo considero indispensable un plan de socialización de la propuesta, que incluirá el desarrollo e implementación normativa y el carácter de obligatoria ejecución de los principio y la teoría objetos de nuestro estudio, de tal forma que los abogados laboristas, y operadores de justicia en general, asuman la importancia y la obligación histórica de establecer la desigualdad compensatoria de manera efectiva en el proceso.

Por lo antes indicado, la propuesta del maestrante para erradicar el uso y aplicación indebida del principio y teoría objeto de estudio, que tantos problemas de aplicación e interpretación ocasionan en las contiendas jurídicas de naturaleza laboral, y entorpecen la vigencia y garantías de los derechos de la clase trabajadora, es plantear una reforma al Código de Trabajo que incluya normas en el sentido siguiente:

Propuesta: Art. ...- En caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge o se enuncia en documentos o acuerdos, el juez deberá darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En lo referente a las cargas dinámicas probatorias la propuesta consiste en la reforma del 4to. Inciso del artículo 581 del Código de Trabajo.

Art. 581. En caso de declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio. Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de

los litigantes se negare a cumplir con una diligencia o un mandato señalado por el juez, u *obstaculizare el acceso a documentos o información cuando ésta se encuentre en mejores condiciones o cuente con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos*, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia... (Código del Trabajo, 2011).

De ser aprobada la propuesta de reformas, el estado ecuatoriano por intermedio de su ordenamiento jurídico, brindará a sus operadores de justicia, más herramientas en el deber de buscar la verdad, y la efectiva vigencia de los derechos de las partes, por cuanto es importante afirmar que la finalidad del proceso laboral no es otro que, en definitiva, la búsqueda o el triunfo, en cada conflicto sometido a la decisión jurisdiccional, de la realidad o de la verdad real, para de este modo lograr la seguridad y previsibilidad jurídica, circunstancias que constituyen al derecho como una herramienta de la cohesión social, al servicio del hombre y de la sociedad.

III.- CONCLUSIÓN.-

- a) El principio de la primacía de la realidad carece de una formulación precisa, ya que no hay una norma en la Ley laboral que defina en qué consiste el mismo. Podría afirmarse, por ello, que este principio es una norma inespecífica, no formulada limitando su contenido descriptivo a la expresión *primacía de la realidad*.
- b) El término primacía nos remite a la idea de algo que está por encima de otras cosas, que las aventaja o supera; mientras que el término realidad, refiere a algo que existe con independencia de lo que cada uno pueda pensar, opinar o incluso creer.
- c) Resulta aplicable a todas aquellas situaciones en las que se trata de encubrir o modificar la realidad de las condiciones de una relación laboral, que precisamente este principio intenta descubrir. Dicho descubrimiento, en el ámbito del derecho del trabajo, reviste una importancia radical, pues precisamente la ausencia de relación laboral determina la imposibilidad de aplicar las normas que regulan nuestra disciplina, por lo cual su inclusión normativa se convierte en una obligación para evitar la impunidad laboral.
- d) Luego de lo analizado y de la observación efectuada, podemos determinar con precisión que el desarrollo jurisprudencial que incorporó en su momento al debate jurídico nacional a la primacía de la realidad, en la actualidad es ineficaz en el propósito de garantizar la vigencia y aplicación del referido principio, por cuanto hemos logrado advertir en nuestra investigación que mediante la ausencia de una disposición jurídica que delimite su aplicación, se ha promovido indirectamente una irregular y/o arbitraria utilización e interpretación del mismo por parte de los operadores de justicia.

Por lo manifestado se constituye en un imperativo la necesidad de reconocer

normativamente un principio de vigencia mundial y de gran desarrollo por parte del ciencia jurídico laboral.

e) En lo referente a las cargas dinámicas de la prueba, a modo de conclusión es importante afirmar que las herramientas del derecho son por su naturaleza mutables, como lo es el Derecho mismo, nuestra investigación ha corroborado que las herramientas que proporciona el derecho probatorio civil clásico, no han logrado erradicar las inequidades y la desigualdad de nuestros litigios jurídicos laborales, constituyéndose en un obstáculo para la consecución de la justicia, y para la vigencia de la igualdad material y el debido proceso.

f) En la búsqueda de la justicia y de la verdad, y en el cumplimiento de la obligación jurídica de garantizar la igualdad material en el proceso, el órgano legislativo nacional, debería dotar de mayores herramientas a los juzgadores, a efectos de que puedan cumplir sus fines, por cuanto hemos evidenciado que la normativa existente relativa a la carga de la prueba no favorece a la consecución de los fines de un proceso judicial, así también corresponde motivar normativamente al litigante, a efectos de que quien se encuentre en posesión o con acceso a determinada prueba, no evite o evada su obligación de incorporar la misma al proceso.

g) La independencia de la rama laboral y su carácter protector y tuitivo, así como su esencia social, se constituyen en fundamento teórico suficiente a efectos de plantear nuevas soluciones en la lucha para erradicar la impunidad laboral, una de ellas, las cargas dinámicas, con lo que se pretendería evitar normativamente que la estrategia jurídica o la inacción probatoria, le ganen la batalla judicial a la justicia, imponiendo mediante una presunción legal, una sanción mediante la cual se castiga la obstaculización o la falta de colaboración probatoria, lo cual según hemos demostrado en el presente trabajo se constituye como un alarmante e inminente problema jurídico laboral, que ya ha sido solucionado mediante esta vía, en otras latitudes.

IV.- REFERENCIAS.-

1. Ackerman M. (2014). *“Tratado de derecho del trabajo”*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
2. Arias F. (Ed) (2006). *El proyecto de investigación: Introducción a la Metodología Científica*.
3. Bronstein, A. (Ed.) (2007). *Derecho del trabajo en américa latina*, Buenos Aires; Rubinzal-Culzoni Editores.
4. Cabanellas de Torres, G. (1987). *Tratado de derecho laboral, doctrina y legislación iberoamericana*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
5. Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario jurídico elemental, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*, Buenos Aires: Heliasta.
6. Chiappini, J. (1997). *La prueba de confesión*. Rosario: Editorial Fas.
7. Couture, E. (1983). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
8. Cueva Carrión, L. (1994). *La casación, en materia laboral*. Quito: Artes Gráficas Señal.
9. Cueva Carrión, L. (2006). *El juicio oral laboral, teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
10. Cueva, L. (1994). *La Casación en materia laboral*. Pichincha: Ediciones Cueva.
11. De La Cueva, M. (Ed.) (1982). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa.
12. De la Cueva, M. (Ed.) (1982). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa.
13. Devis H. (2012). *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Bogotá: Editorial Temis, 63.
14. Egas, J. (1999). *Temas de derecho laboral II*. Quito: Editorial Edino.
15. Fera, M. (2002). *El derecho del trabajo según la corte suprema de justicia de la nación*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc.

16. Ferrajoli L. (1998). *“Derecho y Razón”*, Madrid: Editorial Librería Jurídica Valerio Abeledo.
17. Ferrajoli, L. (Ed.) (2011). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta,
18. Frega, R. (1999). *Contrato de trabajo deportivo*. Madrid: Ciudad Argentina.
19. Gamonal, S. (Ed) (2008). *Fundamentos del derecho laboral*. Chile: Editorial Lexis.
20. García, R. (1987). *“Los principios generales del derecho del trabajo y sus funciones”*. México: Editorial Porrúa.
21. Goldin, A. (1987). *Contrato de trabajo y renuncia de derechos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
22. Gómez, S. (Ed.) (2007). *Legislación laboral, teoría y práctica*. México: Mcgrawhill.
23. Hernández, S. (2006). *La tercerización*. Guayaquil: Poligráfica.
24. José Orlando Abril V Instituto Industrial Piloto, res el 8 de abril de 1997, 97 T-111254 recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-174-97.htm>
25. Jossierand, E. (Ed.) (2012). *El espíritu de los derechos y su relatividad, teleología jurídica*. Granada: Editorial Comares.
26. Lluís y Navas, J. (1975). *Manual de derecho laboral*. Barcelona: Librería Bosch.
27. Mora, F. (2001). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel.
28. Páez, A. (Ed.) (2010). *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
29. Pérez, F. (1983). *Materiales para clases prácticas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
30. Peyrano J. (2007) *“El Principio de cooperación procesal, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
31. Peyrano, J. (2004) *“Cargas Probatorias Dinámicas. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores*.
32. Peyrano, J. (2008). *El principio de coopera*

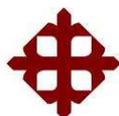
33. *ción procesal. Obra colectiva del ateneo de estudios del proceso civil de Rosario*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.
34. Plá A. (1998). *Principios del derecho laboral*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
35. Plá, A. (Ed) (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires; Depalma.
36. Rodríguez, J. (Ed) (2007). *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
37. Rubinstein, S. (1988). *Fundamentos del derecho laboral*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
38. Salomone, J. (Ed.) (2006). *La prueba en el procedimiento laboral*. Buenos Aires: República Ediciones.
39. Sansó, M. (2005). *Tratado jurisprudencial del despido*. Rosario: Editorial Juris.
40. Tepsich .(2010). “*Cargas probatorias dinámicas*”. Rubinzal Culzoni Editores, 2010, 155
41. Tosto, G. (2007). *Estudios de derecho práctico laboral 3*. Buenos Aires: Editorial Nuevo Enfoque Jurídico.
42. Trujillo J. (2007). “*La Carga Dinámica de la Prueba*”. Bogotá: Leyer.

RECURSOS NORMATIVOS NACIONALES

1. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*, publicada en el Registro Oficial 344.
2. Congreso Nacional. (1929). *Constitución Política del Ecuador*.
3. Asamblea Nacional (2005). *Código del Trabajo*. Registro Oficial Suplemento 167 del 16 de Diciembre del 2005.
4. Asamblea Nacional (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento 58 del 12 de Junio del 2005.
5. *JURISPRUDENCIA DE CARÁCTER OBLIGATORIO* (2004). “*Fallos de triple reiteración en materia laboral*”.
6. *JURISPRUDENCIA DE CARÁCTER OBLIGATORIO* (2010). “*Fallos de*

triple reiteración en materia laboral". Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

7. Congreso Nacional (1951), *Código Sustantivo del Trabajo*, Diario Oficial No. 27622 del 7 de Junio de 1951.
8. Real Decreto Legislativo (2015), *Estatuto de los Trabajadores del 23 de Octubre del 2015*.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: Carlos Barrionuevo Cabanilla

Cédula N°: 09622925-7

Profesión: Abogado

Dirección: Córdova 810 y Víctor Manuel Rendón, Guayaquil – Ecuador

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenecía	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Congruencia	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social	X				

Comentario:

.....
Fecha:

Firma _____ CC.- 090622925-7



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FICHA PARA APROBAR LA PROPUESTA

Nombre:		Fecha de Aprobación:
Fecha de recepción:		

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
La Introducción presenta el objeto de estudio, el campo de investigación, el problema, justificación, objetivos y premisa					
La delimitación del problema jurídico plantea antecedentes, causas, efectos e identificación del problema central					
El objetivo general determina la solución al problema					
Los objetivos específicos permiten llegar a obtener el objetivo general					
La premisa se formula sobre la base de las categorías y dimensiones analíticas					
El marco doctrinal fundamenta teóricamente las categorías analíticas					
El marco metodológico permite desarrollar el Estudio de Caso					
La argumentación jurídica es coherente con los resultados obtenidos					
La propuesta es congruente con los resultados obtenidos					

Comentario:

Director _____



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



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

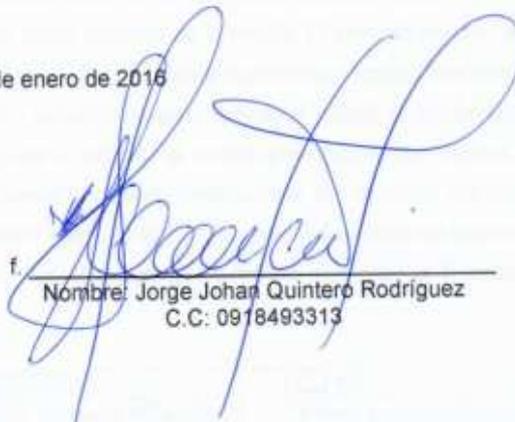
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Jorge Johan Quintero Rodríguez, con C.C. # 0918493313 autor(a) del trabajo de titulación: *Reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el Principio Jurídico Laboral de la Primacía de la Realidad y la Teoría Dinámica de la Prueba* previo a la obtención del grado de **MASTER EN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 30 de enero de 2016

f. 

Nombre: Jorge Johan Quintero Rodríguez
C.C.: 0918493313

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Reforma al Código del Trabajo ecuatoriano, para incluir normativamente el Principio Jurídico Laboral de la Primacía de la Realidad y la Teoría Dinámica de la Prueba.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Jorge Quintero Rodríguez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Obando Freire, Francisco; Vivar Álvarez, Juan Carlos; Velázquez Velázquez, Santiago		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Master en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	30 de enero de 2016	No. DE PÁGINAS:	48
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal Laboral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho Procesal Laboral - Primacia de la Realidad – Teoría Dinámica de la Prueba.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>La investigación que se realiza a continuación, tiene su enfoque en la prueba de naturaleza laboral, y el análisis de la necesidad de incluir en nuestra norma laboral, principios y teorías jurídicas como la primacía de la realidad y la teoría dinámica de la prueba. El presente estudio nace de la necesidad de garantizar de mejor forma la vigencia de principios doctrinarios y jurisprudenciales de desarrollo mundial, los mismos que promueven el correcto ejercicio y aplicación judicial de los derechos de las partes, en una contienda de orden laboral, con el objetivo de otorgar a los Juzgadores, mejores herramientas jurídicas para descubrir la verdad. Durante la presente investigación, que incorpora una revisión conceptual de la prueba en el Derecho Procesal Laboral, se incluye una propuesta de reforma legal que pretendemos remitir a la Asamblea Nacional del Ecuador, órgano competente para resolver la pertinencia de este tipo de reformas normativas.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0994127755	E-mail: jquintero@quinteroyasociales.com.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Obando Ochoa Andres Isaac		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obando@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	