

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La figura del trabajador autónomo económicamente dependiente
en el régimen laboral ecuatoriano

Fabián Esteban Jaramillo Intriago

Dr. Fabián Jaramillo Terán, Director de Tesis

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, 29 de noviembre de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La figura del trabajo autónomo económicamente dependiente en el régimen laboral ecuatoriano”


Fabián Jaramillo

Fabián Jaramillo
Director del Trabajo de Titulación

Jorge Vásquez
Lector del Trabajo de Titulación

Leopoldo González
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia






Quito, noviembre del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Evaluación del Director de Trabajo de Titulación

Título del Trabajo: La figura del trabajador autónomo económicamente dependiente en el régimen laboral ecuatoriano

Estudiante: Fabián Esteban Jaramillo Intriago

Evaluador: Dr. Fabián Jaramillo Terán

Fecha: Quito, 28 de octubre de 2019

1. Importancia del tema planteado.-

El que se contemple en la legislación ecuatoriana la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, con una tipificación propia y que incluya un régimen de afiliación a la seguridad social es trascendental y de gran importancia en la actualidad. Las nuevas tecnologías y el vertiginoso cambio de las actividades económicas y de las relaciones humanas exigen que el derecho se adecúe a las mismas.

El Código del Trabajo regula las relaciones laborales donde existe una dependencia jurídica, esto es la facultad de ordenar por parte del empleador y la de obedecer por el trabajador. Pero cuando este régimen tradicional no puede amparar sino al cincuenta por ciento de la población económicamente activa, se insiste en la necesidad de incentivar los emprendimientos, que no es otra cosa que estimular el trabajo autónomo como medio de subsistencia, y este es el tema que desarrolla el estudiante en su trabajo de titulación de una manera prolija y fundamentada.

Analiza con doctrina y jurisprudencia los elementos de un contrato de trabajo conforme al Código del Trabajo, para distinguirlo de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, esto es de quien desarrolla una actividad comercial no exclusiva y de la que proviene al menos el cincuenta y uno por ciento de sus ingresos, configurándose de esta manera una relación jurídica peculiar que no es la típicamente laboral, pero que se halla amparada por el régimen de seguridad social, especialmente para cubrir contingencias de salud y jubilación.

Es muy interesante el análisis que el estudiante hace sobre el tema acudiendo a legislación comparada, para concluir recomendando que por lo pronto, mediante una simple reforma a la Ley de Seguridad Social, se tipifique la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente, con matices distintos de los propiamente laborales y de los simplemente mercantiles, sin perjuicio de recomendar el que posteriormente se desarrolle una legislación específica sobre el tema.

2. Trascendencia de la hipótesis planteada por el estudiante.-

Decenas de miles de ecuatorianos realizan una actividad comercial por cuenta propia pero en relación directa con empresas que siguiendo corrientes mundiales, han optado por un sistema multinivel de promoción y venta de sus productos a través de trabajadores autónomos que libremente determinan el tiempo que destinarán a esa actividad, sin estar sujetos a ningún tipo de control ni exigencia en este sentido. Ya ha habido casos en que estas relaciones jurídicas han sido puestas en conocimiento de judicaturas laborales ecuatorianas, pero las decisiones adoptadas han sido muy diversas y contradictorias, que poco ayudan para fomentar la seguridad jurídica, por un lado, y por otro, el emprendimiento.

En este contexto es de gran importancia el trabajo realizado por el estudiante que propone un régimen jurídico claro para desarrollar una actividad comercial autónoma pero que a su vez incluya la protección de la seguridad social, cuando de tal actividad provengan al menos el cincuenta y uno por ciento de los ingresos de la persona y que correspondan al menos al salario mínimo vigente. La seguridad social actualmente desfinanciada, por este medio obtendría nuevas fuentes de ingresos que solidifiquen el sistema, y con ello, el futuro de la sociedad.

3. Suficiente pertinencia de los métodos empleados.-

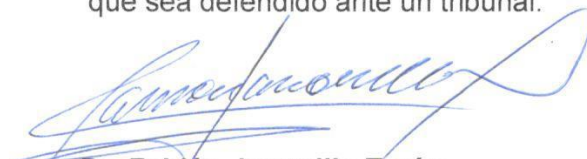
Como se aprecia de las referencias bibliográficas, el estudiante ha utilizado materiales que resultan suficientes para desarrollar su tesis. Hace análisis de orden constitucional, doctrinario y normativo, que son esenciales a la hora de construir el trabajo investigativo de manera inteligente y metódica.

4. Contenido argumentativo de la investigación.-

Los argumentos expuestos por el autor si bien nacen en algunos casos de la bibliografía empleada y de la legislación comparada que analiza, en otros, corresponden a ideas propias e interesantes del autor, a partir de un razonamiento claro, directo y crítico del problema social y jurídico implícito en la cuestión analizada.

5. Conclusión y cumplimiento de las tareas realizadas.-

El estudiante ha sido diligente en cuanto a considerar las recomendaciones relacionadas con su trabajo de investigación, que es de mérito y lo apruebo, para que sea defendido ante un tribunal.



Dr. Fabián Jaramillo Terán
Director

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:	_____
Nombres y apellidos:	Fabián Esteban Jaramillo Intriago
Código de estudiante:	00124156
Cédula de identidad:	1715428882
Lugar y Fecha:	Quito, noviembre de 2019

A mi papá, Diego Jaramillo Terán.

A mi mamá, Susana Intriago Bellew.

A mi hermano, Diego José Jaramillo Intriago.

Agradezco a mi papá, por ser mi ejemplo y la razón por la que quise ser Abogado.

A mi mamá, por todo su esfuerzo y por ser una inquebrantable fuente de fortaleza.

A mi hermano, por siempre estar a mi lado y ser mucho mas que solo un hermano.

*A mi tío, Fabián Jaramillo Terán, por su mentoría constante y, más que nada, por las
lecciones de vida.*

A Gabriela Restrepo, por impulsarme siempre al perfeccionismo.

A Daniela Salazar por su guía y dedicación en estos últimos años de mi carrera.

*A toda mi familia, amigos, compañeros y profesores quienes han sido parte integral de
mi formación.*

RESUMEN

Este trabajo de titulación aborda la posible aplicación de la figura conocida como el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente o TRADE, figura que se encuentra en un punto medio entre el derecho laboral y el derecho civil/comercial, dentro del contexto ecuatoriano. En este sentido, y previo a cualquier análisis, se examinará la definición doctrinaria y de derecho comparado de la figura. Posteriormente, se abordarán los elementos de una relación laboral típica contemplados en el Código de Trabajo, buscando descartar la problemática inicial del TRADE como un posible caso de fuga laboral. Una vez superado esta dificultad preliminar, se verificará la conformidad de esta figura dentro del marco constitucional aplicable, realizando especial énfasis en el principio de no discriminación. Finalmente, una vez determinado que el TRADE es plenamente aplicable, desde una perspectiva normativa como constitucional, se realizarán observaciones y recomendaciones para su aplicación práctica dentro del contexto ecuatoriano.

ABSTRACT

This paper addresses the application of the legal entity known as the Economically Dependent Autonomous Worker or TRADE, the middle point between labor law and civil/commercial law, within the Ecuadorian context. Therefore, and prior to any analysis, it's doctrinal and comparative law definition of the will be examined. Afterwards, the Labor Code's elements of a typical employment relationship will be addressed, seeking to discard the initial problem of TRADE being a possible case of labor cover-up. Once this preliminary difficulty has been overcome, the conformity of this figure will be verified within the applicable constitutional framework, with special emphasis on the principle of non-discrimination. Finally, once it is determined that TRADE is fully applicable, both on a normative and constitutional perspective, observations and recommendations will be made for its practical application within the Ecuadorian context.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPÍTULO I. El trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)....	2
1.1. Antecedentes y concepto global del trabajador parasubordinado.....	2
1.2. Definición del TRADE como parasubordinado.....	5
1.3. Tratamiento en legislaciones extranjeras	7
1.3.1. España	7
1.3.2. Alemania	8
1.3.3. Colombia.....	9
1.4. Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo	10
2. CAPÍTULO II. La Relación de Trabajo Típica y el TRADE	13
2.1. Introducción	13
2.2. Elementos de la relación laboral típica	15
2.2.1. Acuerdo de voluntades	15
2.2.2. Servicios lícitos y personales	16
2.2.3. Remuneración.....	17
2.2.4. Dependencia Jurídica	18
2.3. El TRADE ¿Un caso de fuga laboral?	20
2.4. El TRADE como una figura independiente al contrato de trabajo típico	22
3. CAPÍTULO III. Aplicación de la figura del TRADE en la legislación ecuatoriana	25
3.1. Introducción	25
3.2. Viabilidad del TRADE	26
3.3. Aplicación práctica del TRADE en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	30
CONCLUSIONES.....	34
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37
DOCTRINA.....	37
PLEXO NORMATIVO	39
JURISPRUDENCIA.....	40

INTRODUCCIÓN

Es por ello que en cada uno de los pueblos y de los estados las normas positivas del Derecho del Trabajo tienen que irse adecuando a la realidad económico-social que viven sus hombres y tienen que continuar su desarrollo incesante, permanente e infinito al mismo ritmo que evoluciona la sociedad y los pueblos para quienes se legisla¹.

Como ya explicaba el Dr. Fabián Jaramillo Dávila, el Derecho del Trabajo debe avanzar a la par con el desarrollo tecnológico, económico y social de los pueblos sobre los que rige. Este pensamiento, expresado hace más de cuarenta años, cobra aún mayor validez en nuestra época actual en la que existe un avance progresivamente creciente de la tecnología y la sociedad en general. Históricamente, el Derecho del Trabajo ecuatoriano ha carecido de figuras legislativas que se encuentren en un punto medio entre el ámbito laboral y el ámbito civil/comercial. Así, en la gran mayoría de los casos, a una relación contractual se la califica como cien por ciento laboral o cien por ciento civil/comercial. Sin embargo, es imposible negar el avance social y tecnológico que han traído consigo que se oferten productos y servicios que, en años anteriores, hubieran sido inimaginables. Esta oferta es la que ha generado ciertas figuras novedosas que se enmarcan entre una relación civil y laboral. Es en esta zona gris en la que se desarrolla el presente trabajo de titulación sobre el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, en adelante TRADE, bajo la hipótesis general de su inclusión y aplicación práctica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Entonces, este trabajo de titulación tiene como objetivo el régimen laboral ecuatoriano realice un primer paso en la carrera que mantiene permanentemente con la sociedad en la que se desenvuelve y con la tecnología que cada día se vuelve una parte fundamental de nuestra vida.

En este sentido, el primer capítulo del presente trabajo de titulación se concentrará en la figura del TRADE, analizando sus antecedentes y el concepto global de lo que se entiende por un trabajador parasubordinado. Posterior a la definición de esta figura, se realizará una revisión de los países ícono en los que se ha desarrollado el concepto del TRADE tanto normativa como jurisprudencialmente. Finalmente, se realizará un enfoque ecuatoriano, comentando el Proyecto de Código Orgánico Integral del Trabajo,

¹ Jaramillo Dávila, Fabián. *La Capitalización del Trabajo del Obrero*. Cuenca: Editorial Eugenio Espejo, p. 16.

específicamente en su tratamiento del TRADE. En general, este capítulo buscará realizar el marco de este trabajo de titulación definiendo la figura del TRADE, analizándola en derecho comparado y comentando su tratamiento en el proyecto legislativo de un nuevo código en materia laboral.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se analizará la relación laboral típica contemplada por nuestro Código del Trabajo en contraste con el TRADE. Así, se iniciará con una revisión general de los cuatro requisitos concurrentes necesarios para que una relación laboral sea considerada como tal. A continuación, se aterrizarán estos elementos en la figura del TRADE, para desvirtuar la antítesis principal de este trabajo: la posibilidad de que el TRADE sea considerada como un caso de fuga laboral. Finalmente, desvirtuada esta antítesis, se concluirá que la figura objeto del presente análisis requiere un tratamiento diferenciado y excepcional, al no ser una figura totalmente laboral ni totalmente civil o comercial.

Por último, el tercer capítulo revisará la viabilidad constitucional de la figura del TRADE como preámbulo a cualquier aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, se realizará especial énfasis en instrumentos internacionales y en el principio a la no discriminación como antesala a la posible inclusión normativa de esta figura. Una vez verificada su viabilidad, se realizarán recomendaciones sobre los puntos base que deberían incluirse para la aplicación práctica del TRADE en nuestro régimen laboral actual. Finalmente, se procederá a realizar las conclusiones formuladas a partir del análisis y puntos tratados a lo largo del presente trabajo de titulación.

1. CAPÍTULO I. El trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)

1.1. Antecedentes y concepto global del trabajador parasubordinado

Históricamente se ha desarrollado y discutido la distinción del trabajo bajo dependencia, eminentemente laboral, con la del trabajo autónomo, regulado bajo la normativa civil y comercial. Para lograr esa diferenciación, es necesario recurrir al concepto básico de contrato de trabajo en la legislación ecuatoriana. Así, el Código del Trabajo, manteniendo el concepto tradicionalista de la relación laboral desde su vigencia en 1938, define al contrato individual del trabajo como “el convenio en virtud del cual

una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.”².

De esta manera, el Código del Trabajo fija cuatro elementos dentro de un contrato de trabajo: servicios lícitos, servicios personales, remuneración y dependencia. Sin restar importancia al resto de elementos, autores como Hernández Álvarez han calificado a “la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación”³. Justamente, el elemento de dependencia jurídica, entendido como la sumisión del trabajador hacia el empleador, es lo que ha diferenciado a un contrato de trabajo de uno de prestación de servicios civiles. La normativa comercial y civil no tratan directamente el elemento de autonomía en la prestación de servicios civiles. Sin embargo, por exclusión se ha entendido que cualquier servicio que no se preste bajo dependencia no concierne al Derecho del Trabajo⁴, por lo que la consecuencia lógica es que se rijan bajo la normativa civil y comercial. En definitiva, se pueden apreciar dos extremos: la relación de dependencia que goza de las protecciones inherentes al derecho laboral y la prestación de servicios de manera autónoma regida por la normativa civil y comercial.

Sin embargo, existe un vacío entre la autonomía y la dependencia, en la que se dificulta distinguir con claridad si una relación es eminentemente autónoma o si existe un elemento de dependencia. Es en este espacio en la que se ha desarrollado el concepto del trabajador parasubordinado. Esta modalidad de trabajo parasubordinado “se caracteriza por la obligación de suministrar una prestación de trabajo prevalentemente personal de manera continua y coordinada sin el carácter de subordinada [o dependiente]”⁵.

² Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

³ Hernández Álvarez, Óscar. “El derecho mercantil y el derecho del trabajo: fronteras y espacios de concurrencia”. *Revista Gaceta Laboral* Vol 11. No. 1. (2015), p. 56.

⁴ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 12. Sentencia, 31 de marzo de 1981. Igualmente, *vid* Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Expediente de Casación 60. Sentencia, 7 de septiembre de 2004.

⁵ Manrique Villanueva, Jorge (2013). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, parasubordinado y autogestionario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., p. 128.

Este concepto de trabajo parasubordinado nació en Italia en los años 70 y fue incorporada inicialmente dentro de su normativa procesal. Así, desde su concepción, autores como Sánchez-Castañeda han expresado que:

(...)la noción de parasubordinación (parasubordinazione) se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, no obstante que sus resultados sean prácticamente los mismos. La noción de trabajador parasubordinado apareció con la Ley 533/1973 (codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles) que extendió la facultad de ligar individualmente en materia del trabajo a las relaciones de agencia y de representación comercial, así como a otras relaciones de colaboración que se concretizan en la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de naturaleza personal, aunque no sea una relación subordinada (...). Se trata, en consecuencia, de una categoría abierta en donde se encuentran, en la práctica, profesiones tan diversas como las de los abogados que trabajan para una firma o médicos del servicio nacional de salud⁶.

Aunque en su concepción se haya pensado que el concepto de parasubordinación debía ser utilizado como parte de la normativa adjetiva, el mismo fue evolucionado para ser considerado como una norma sustantiva con aplicaciones directas en los derechos de quienes se encontraban bajo esta categoría⁷.

Durante el desarrollo de esta figura, nació la interrogante sobre si el trabajo parasubordinado debía ser incluido dentro de la rama de trabajo dependiente o autónomo. Aunque sea una discusión en su mayoría teórica sobre la similitud de elementos que mantiene con ambas categorías, tiene implicaciones prácticas gravitantes. Así, el definir la categoría en la que se ubica el trabajo parasubordinado será fundamental para diferenciar el bloque de normativa aplicable, sea este exclusivamente laboral o civil⁸.

El desarrollo de la teoría del trabajo parasubordinado ha traído consigo las primeras menciones del TRADE como sinónimo de parasubordinación. Sin embargo, existen algunos elementos del TRADE que han ido evolucionando según la época y la legislación en la que sea incorporado. Por lo tanto, para efectos del presente trabajo de titulación se considerará al TRADE como una manifestación madurada del concepto clásico del trabajo parasubordinado⁹.

⁶ Sánchez-Castañeda, Alfredo (2003). *¿Hacia la Decadencia del Contrato de Trabajo?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México., p. 83.

⁷ Cfr. *Ibid.*

⁸ Ruiz Castillo, María (1991). "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado". *Relaciones Laborales* tomo II, p. 162-163.

⁹ Cfr. Manrique Villanueva, Jorge (2013). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y... Óp. Cit.* p. 131.

1.2. Definición del TRADE como parasubordinado

Previo a la definición del TRADE, es necesario precisar que esta figura no se ubica dentro una forma de contratación laboral atípica. En este sentido, varios autores han sostenido que el modelo contractual del TRADE:

(...) no representa un nuevo tipo de contrato, es decir, no es una modalidad atípica de contratación laboral – a la manera del teletrabajo o del trabajo a tiempo parcial – sino que se trata de una calificación que recae sobre un contrato de prestación de servicios civil o comercial, de la cual depende la aplicación parcial del Derecho del Trabajo¹⁰.

Una vez aclarada la naturaleza contractual del TRADE, es necesario definirlo. El TRADE ha sido motivo de estudio doctrinal en los últimos años debido a la creciente innovación tecnológica que conlleva nuevos modelos de desarrollo del trabajo. Debido a esta creciente corriente de innovación, varios autores han cuestionado la prevalencia en el tiempo de las estructuras laborales tradicionales, llevando así al desarrollo de la figura del TRADE. En términos generales, el TRADE ha sido definido de la siguiente manera:

[La] persona natural que presta servicios personales a una empresa, en forma continua, sin encontrarse sujeto a tiempos de trabajo, a instrucciones o medidas de control en cuanto a la ejecución de la actividad para la que fue contratado, pero que se encuentra en una especial situación de dependencia desde el punto de vista económico, pues sus ingresos proceden en su totalidad o en su mayor parte de un único cliente¹¹.

De esta definición es posible abstraer ciertos elementos comunes y diferenciadores entre el TRADE y los modelos tradicionales de contratación bajo dependencia y autónomos. Entre los elementos comunes que podemos encontrar en otros modelos se encuentran el trabajo personal y directo, la habitualidad y el lucro¹²; todos elementos que se ven, de una u otra forma, presentes en distintas formas de contratación. El primer elemento posee dos dimensiones: el trabajo personal y el trabajo directo. El trabajo personal hace referencia a la necesidad de que sea una persona natural quien preste el servicio mientras que el segundo se refiere a la participación activa e implicación directa

¹⁰ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz; *et al.* “El autónomo económicamente dependiente: problemática y método” *Revista Aranzadi Social* Vol. 18 (2003). p. 50 citado en Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”. *Revista Laboral Chilena* (2004), p. 15. Recuperado de http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf.

¹¹ Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”. *Revista Laboral Chilena* (2004), p. 16. Recuperado de http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf.

¹² Soler Arrebola, José (2013). *La contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Régimen jurídico en un entorno de descentralización productiva*. Granada: Editorial Comares., p. 19.

en el desarrollo de la actividad¹³. El segundo elemento hace referencia a la continuidad del servicio brindado en el tiempo. Esto trae consigo la necesidad de que el trabajo no sea ocasional o esporádico, ya que esto implicaría que ya no estaríamos bajo el supuesto de dependencia económica que nace de la habitualidad de la labor, supuesto esencial para la configuración del TRADE. Finalmente, el tercer elemento implica la necesidad de que el TRADE preste el servicio a título oneroso. Este elemento aplicado al TRADE trae consigo un cierto componente aleatorio, ya que el lucro recibido podrá no ser el esperado por el trabajador ya que la ganancia económica dependerá, según el negocio en el que se encuentre inmerso, del esfuerzo y los resultados obtenidos¹⁴.

Por otro lado, y sin perjuicio de los elementos particulares que se tratarán en los capítulos posteriores, la definición del TRADE establece el principal elemento diferenciador del contrato de trabajo típico: la dependencia económica¹⁵. El elemento de dependencia económica posee dos dimensiones: una negativa excluyendo la dependencia tradicional en todos sus aspectos y una positiva que incluye la dependencia exclusiva en la esfera económica del trabajador. Sobre la dimensión negativa, la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia, citando al tratadista Mario de la Cueva, determinó que “(...) la dependencia económica es una simple situación de hecho, mas no un elemento esencial de la relación de trabajo.”¹⁶. Más aún, concluyó que la dependencia debe ser jurídica para que se configure propiamente la relación de trabajo y genere los efectos y brinde las protecciones inherentes a este tipo de relación jurídica¹⁷. Con relación a la esfera positiva del elemento de dependencia económica, se ha establecido que dicho elemento implica que el TRADE posee una vinculación casi exclusiva con una empresa de la que recibe la gran mayoría de su remuneración necesaria para su subsistencia¹⁸. Así, este tipo de dependencia implica que el trabajador conserva cierto grado de libertad sobre el tiempo, lugar y forma en la que desarrolla su actividad,

¹³ Cfr. García Murcia, Joaquín (2007). *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. Navarra, p. 30.

¹⁴ Guerrero Vizuete, Esther. “La (¿acertada?) regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Análisis del artículo 11 del Estatuto del Trabajador Autónomo”. *Azanzadi Social* Num. 20(2010). p. 11.

¹⁵ Soler Arrebola, José (2013). *La contratación del trabajador autónomo...* *Óp. Cit.* p. 26-27.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Expediente de Casación 60... *Óp. Cit.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo...” *Óp. Cit.* p. 16.

pero la constante en esta relación es que la remuneración es recibida generalmente de una sola fuente que guía de manera superficial la prestación del servicio¹⁹.

Una vez delimitado de manera general el significado del TRADE y sus distintos elementos, es importante realizar un breve análisis de derecho comparado al respecto para adentrarse posteriormente en la situación ecuatoriana.

1.3. Tratamiento en legislaciones extranjeras

La figura del TRADE, aunque reciente, no ha sido ajena dentro de la legislación extranjera. En este sentido, países como España, Alemania y Colombia han buscado tratar el tema e incorporarlo, con diferentes matices, a sus ordenamientos jurídicos respectivos. Tanto España como Alemania han sido referentes en la materia dentro del territorio europeo. Así, España fue de los primeros países en la región en crear un estatuto independiente dedicado al régimen del TRADE²⁰, incorporando varios de los elementos esenciales de dicha figura. Igualmente, Alemania resalta entre los países que han tratado al TRADE ya que define tres elementos necesarios para su existencia. Finalmente, se ha analizado la legislación colombiana al respecto ya que es de los países vanguardistas sobre el tema en Latinoamérica, siendo de los que más han discutido la figura en la región. A continuación, se expondrán brevemente la situación jurídica del TRADE en dentro de la legislación de los países mencionados.

1.3.1. España

España ha sido de los mayores exponentes en la materia actualmente. Como ejemplo, en el 2007 España promulgó la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo²¹. Este cuerpo legal buscaba, además de establecer los elementos de esta figura, crear un registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos²². Un avance significativo de esta normativa es la determinación de un criterio objetivo para determinar en qué casos un trabajador es económicamente dependiente. Así, se ha planteado la discusión de la subjetividad del criterio de dependencia económica, alegando la posible apertura a los jueces para que determinen arbitrariamente en cada caso concreto debido a

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. España. BOE No. 166 de 12 de julio de 2007.

²¹ *Ibíd.*

²² Soler Arrebola, José (2013). *La contratación del trabajador autónomo... Óp. Cit.* p. 17.

la falta de un criterio objetivo que limite el análisis posible²³. Es por esto que la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo fijó como criterio que el trabajador reciba un mínimo del 75% del total de sus ingresos de una sola fuente para ser considerado económicamente dependiente²⁴.

Este criterio, aunque objetivo, ha sido igualmente objeto de críticas por distintos tratadistas de la materia. El argumento en contra se concentra en la cuantificación del 75%, ya que los detractores de este porcentaje alegan que no existe una base fundamentada para la fijación del valor, y que no posee una fuente económica o legal fija²⁵. Más aún, existen dudas al respecto a la temporalidad en la que aplica el 75% del total de ingresos, especialmente con la vaguedad del elemento “habitual” en el que opera el TRADE. Así, nace la duda de si al momento de que se alcanza este porcentaje es cuando nacen los derechos propios de un TRADE o si es necesario que transcurra un tiempo prudencial para que se lo considere como tal²⁶. Sin embargo, esta es una discusión que ha tenido posturas conflictivas en la jurisprudencia española y no ha sido zanjada definitivamente²⁷.

1.3.2. Alemania

Alemania es otro de los países que ha desarrollado la figura del TRADE dentro de su legislación. Desde el año 2000, este país ha tipificado al TRADE de manera particular, dominándolo como “cuasiasalariado” en su traducción al español²⁸. La normativa lo define como el sujeto que presta un servicio y debido a su dependencia económica no es considerado empresario, pero por la falta de subordinación tampoco son trabajadores²⁹. Así, los tribunales alemanes han reafirmado que los cuasiasalariado no son trabajadores en estricto sentido basándose en la falta de dependencia personal entre él y el empresario. Sin embargo, los mismos tribunales han concordado en que se trata de un grupo especial

²³ *Id.* p. 27.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Id.* p. 28.

²⁶ *Id.* p. 33.

²⁷ *Id.* p. 33-34. Para mayor información sobre la discusión temporal del requisito del 75% de ingresos totales de un TRADE, *vid.* Tribunal Superior de Justicia de España. Recurso de suplicación 479/2011; recurso de suplicación 3069/2018, recurso de suplicación 1019/2008 y recurso de suplicación 3714/2010.

²⁸ La figura del TRADE, conocida como “cuasiasalariados”, recibe el nombre de *arbeitnehmerähnliche Personen* en el idioma alemán. Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo... *Óp. Cit.* p. 19.

²⁹ *Ibíd.*

de sujetos que requiere de protección social debido a que carecen de autonomía económica a no encontrarse en la misma condición social que un empresario³⁰.

Con relación a los elementos de este grupo de trabajadores cuasiasalariados, la norma alemana ha determinado tres criterios concurrentes para que un cuasiasalariado puedas ser considerado como tal:

- a) que en virtud de un contrato de prestación de servicios o de obra se ocupe para otras personas;
- b) que la prestación de servicios de que se trate la ejecute personalmente y, en esencia, sin la colaboración de trabajadores y;
- c) que preponderantemente preste sus servicios a una persona o que del trabajo prestado para una persona obtenga en promedio más de la mitad de los ingresos que se derivan de su actividad laboral³¹.

De estas características resalta el hecho de que, para ser considerado como cuasiasalariado, es necesario que la persona que presta un servicio reciba de una misma fuente más de la mitad de sus ingresos totales. Nuevamente se observa un criterio objetivo de determinación de la dependencia económica como es el caso español en el que se requería un 75%. Por otro lado, un avance importante de la normativa alemana es la disposición expresa de que los trabajadores cuasiasalariados no se rigen bajo el régimen laboral al carecer de los supuestos de aplicación de esta rama del Derecho. Mas bien, y debido a la particularidad de la figura, Alemania ha optado por crear reglas específicas que apliquen para este tipo de trabajadores³², así evitando la confusión de regímenes y generando mayor claridad de análisis por parte de los tribunales alemanes.

1.3.3. Colombia

A diferencia de lo que sucede en España y Alemania, Colombia, al igual que Ecuador, ha realizado muy pocos avances sobre el tema del TRADE. Así, aunque la normativa colombiana no contemple explícitamente esta figura, existe normativa dispersa en toda la legislación que permitiría desprender la presencia del TRADE³³. Un ejemplo de esta dispersión normativa en la materia es artículo 2.6 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que contempla, a breves rasgos, la posibilidad un trabajador, ya sea

³⁰ BAG. Sentencia de fecha 15 de abril de 1993; BAG. Sentencia de fecha 2 de octubre de 1990. Citado en Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo... *Óp. Cit.* p. 19-20.

³¹ Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo... *Óp. Cit.* p. 19.

³² *Id.*, p. 20.

³³ *Cfr.* Manrique Villanueva, Jorge (2013). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y... Óp. Cit.* p. 132-133.

de naturaleza cooperado, independiente o autónomo, de reclamar ante un juez los beneficios propios de la seguridad social³⁴. Aunque exista poco desarrollo legislativo, varios autores nacionales en la materia han buscado el desarrollo de esta figura, especialmente con relación a los beneficios de la seguridad social que recibe esta clasificación de trabajadores³⁵. Así, el ejemplo colombiano debe ser tomado como un mensaje para que el Ecuador sea de los pioneros en esta materia en Latinoamérica, tomando la oportunidad de convertirnos en un referente en material laboral en la región.

1.4. Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo

Después de analizar la figura del TRADE en distintas legislaciones representativas en el tema, es necesario determinar si existe actualmente algún proyecto de ley que contenga esta figura, ya que la misma no se encuentra contemplada actualmente en el Código del Trabajo actual. Por lo tanto, se analizará el Proyecto de Código Orgánico Integral del Trabajo que busca derogar y sustituir al actual Código del Trabajo, en el que se incluye la figura del TRADE con ciertos matices que se analizarán en el siguiente apartado.

El primero de agosto de 2018 se remitió a la presidenta de la Asamblea Nacional el Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo (en adelante Proyecto de Código)³⁶. El mismo fue calificado por el Consejo de Administración Legislativa el 22 de enero de 2019³⁷, y se encuentra actualmente esperando a ser debatido en la Asamblea Nacional. El Proyecto de Código plantea varios avances generales dentro del Derecho del Trabajo entre los que resalta la definición de contratos de trabajo en industrias específicas como la agropecuaria, aeronáuticas, entre otros³⁸. Sin embargo, la innovación relevante para efectos del presente trabajo de titulación se encuentra dentro del libro cuarto, capítulo tercero del Proyecto de Código³⁹.

El libro cuarto hace referencia al régimen general del trabajador autónomo o por cuenta ajena, mientras que en su capítulo tercero se refiere a las reglas específicas para el

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Arenas Monsalve, Gerardo; *et al* (2003). *Comentarios a las reformas laboral y de seguridad social*. Bogotá, Editorial Legis., p. 273.

³⁶ Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo. Presentado mediante oficio No.1064-LDA-AN-208 el primero de agosto de 2018.

³⁷ Resolución CAL-2017-2019-607. 22 de enero de 2019.

³⁸ Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo. *Óp. Cit.* Capítulo V, VII y IX.

³⁹ *Id.* Libro IV

trabajo semiautónomo o TRADE. Si bien la inclusión del trabajador semiautónomo resulta novedosa, existen algunas complicaciones que podrían ser consecuencia de su aplicación. El primer problema nace desde la inclusión del trabajo semiautónomo como un capítulo dentro del libro del trabajo autónomo⁴⁰. Esto incluiría al trabajador semiautónomo dentro de la categoría del trabajador autónomo como si fueran figuras similares o como si la una fuera derivada de la otra. Sin embargo, como se explicó en la primera sección del capítulo uno, el TRADE es una subcategoría del trabajo parasubordinado, no del trabajo autónomo, por lo que el querer asimilar el régimen del trabajo puramente autónomo al del semiautónomo implicaría un error conceptual que podría generar errores de interpretación en la práctica. La diferencia esencial entre ambos, fuente de confusión en la práctica, es que el trabajador semiautónomo se define por depender, no jurídicamente pero económicamente, de una sola fuente mayoritaria de ingresos⁴¹, mientras que el trabajador autónomo carece de esta sola fuente de ingresos y presta sus servicios a varios clientes. Debido a esta diferencia esencial, es que el trabajo semiautónomo debería tratarse independientemente dentro del Proyecto de Código o, mejor aún, en un cuerpo normativo específico por la naturaleza civil con matices laborales que posee el TRADE.

Un segundo problema que trae consigo la inclusión del trabajador semiautónomo o TRADE en el Proyecto de Código hace referencia al artículo 605 que prescribe las cuatro condiciones para que un trabajador se considere como semiautónomo:

1. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
2. Disponer de infraestructura y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad, e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
3. Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; y,
4. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo de aquella⁴².

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. *Óp. Cit.*, p. 16.

⁴² Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo. *Óp. Cit.*, artículo 605.

Estas condiciones son una copia directa de las establecidas en el artículo 11.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo de España⁴³. No obstante, mientras el Estatuto del Trabajo Autónomo posee una definición previa del TRADE que facilita la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, el Proyecto de Código se limita a enunciar los requisitos de configuración de la figura sin plantear una definición base sobre cual aplicar los requisitos. En este sentido, es necesario recordar que uno de los elementos esenciales de la definición del TRADE es la dependencia económica del trabajador sobre una fuente de ingresos⁴⁴. Así, como se trató en la tercera sección del capítulo primero del presente trabajo, varios países hacen hincapié en el elemento de dependencia económica fijando hasta ciertos porcentajes mínimos de ingresos necesarios para que un trabajador sea considerado como semiautónomo⁴⁵. Sin embargo, el Proyecto de Código ecuatoriano no describe este elemento, limitándose a mencionarlo en el primer numeral como tema accesorio al no tener a cargo trabajadores por cuenta ajena⁴⁶, mención que no cobra sentido sin una definición general previa de la figura del TRADE. Así, los requisitos contemplados por el Proyecto de Código pierden utilidad sin una definición concreta de la figura que delimite su ámbito de aplicación, retomando los errores del legislador al adaptar normativa extranjera directamente en proyectos legislativos nacionales.

En tercer lugar, existe un problema dentro del artículo 606 del Proyecto de Código que hace referencia a las excepciones en las que un trabajador semiautónomo puede tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo⁴⁷. Así, además de casos como riesgos durante el embarazo de la trabajadora o períodos de descanso por maternidad, dicho artículo contempla en su quinto numeral la siguiente excepción: “5. Otras debidamente justificadas”⁴⁸. Cabe recalcar que este artículo casi en su integridad es una copia del artículo 11.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo de España⁴⁹, siendo la única innovación del legislador nacional la quinta causal relativa a otros casos debidamente justificados.

⁴³ Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. España. *Óp. Cit.*, artículo 11.2.

⁴⁴ Id. Artículo 11.1. Además, *vid* Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. *Óp. Cit.*, p. 16.

⁴⁵ A manera de ejemplo, y retomando lo tratado en el capítulo anterior, España prescribe que es necesario percibir un mínimo de 75% del total de ingresos de una misma fuente para ser considerado económicamente dependiente. Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. España. *Óp. Cit.*, artículo 11.1.

⁴⁶ Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo. *Óp. Cit.*, artículo 605.

⁴⁷ *Id.*, artículo 606.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Cfr.* Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. España. *Óp. Cit.*, artículo 11.2.

Mientras que el Estatuto del Trabajo Autónomo mantiene una lista taxativa debido a la excepcionalidad de poder modificar el primer requisito del trabajo semiautónomo, el Proyecto de Código nacional altera la naturaleza de la lista volviéndola meramente ejemplificativa incluyendo la posibilidad de que existan otras excepciones por fuera de las prescritas por la ley. Además, la frase “debidamente justificada” se presta para análisis subjetivos sobre su ámbito de aplicación, sin fijarse un estándar consolidado que se prestaría para abusos hasta que eventualmente se deba establecer un estándar por vía jurisprudencial. Por lo tanto, se genera un problema grave ya que se perdería la razón de ser del primer requisito para que se configure un trabajador como semiautónomo, pudiendo modificar su naturaleza por cualquier razón que sea “debidamente justificada”.

En definitiva, el Proyecto de Código resulta novedoso en su intento de incorporar la figura del TRADE dentro del sistema jurídico ecuatoriano. A pesar de ello, el tratar de clasificar al trabajador semiautónomo como una rama del trabajador autónomo generaría errores conceptuales que podrían afectar gravemente su aplicación práctica y eventual tratamiento jurisprudencial. Además, el incorporar normativa extranjera sin considerar la realidad social ecuatoriana en conjunto con la falta de definición del TRADE implicaría una incorrecta aplicación o llegar a desvirtuar la esencia de la misma. Por último, el abrir el espectro de excepciones para que el trabajador semiautónomo contrate trabajadores por cuenta ajena a cualquier causal debidamente justificada restaría fuerza al primer requisito del trabajo semiautónomo, desnaturalizando la figura. Por estas razones y especialmente por su excesiva naturaleza proteccionista a los actuales trabajadores sin tomar en cuenta a la situación desprotegida de la mayoría de los ecuatorianos en situación de desempleo y subempleo, se considera que el Proyecto de Código resulta inviable en la realidad actual ecuatoriana.

2. CAPÍTULO II. La Relación de Trabajo Típica y el TRADE

2.1. Introducción

El Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos determinó que en 2018 existió un 4.4% de la población nacional que se encontraba en situación de desempleo, 18.3% en

situación de subempleo y 25.7% en situación de empleo no pleno⁵⁰. A la vez, el Global Entrepreneurship Monitor en el 2017 determinó que el Ecuador ocupa el primer puesto a nivel mundial de países con la mayor cantidad de emprendimientos nacientes⁵¹. Los emprendimientos nacientes siempre traen consigo el riesgo del fracaso, del cual se hace cargo el empleador además de tener que compensar a sus trabajadores por el despido que trae consigo la quiebra de la compañía. Así, el incremento en la tasa de emprendimientos implica muchos retos a futuro, siendo uno de ellos promover que los emprendimientos nacientes contraten trabajadores sin el riesgo de indemnizaciones significativas a trabajadores.

Es el ambiente con cambios constantes en el que se desenvuelven estos nuevos emprendimientos la razón por la que instaurar nuevas formas de trabajo es tan importante, ya que la tasa de emprendimientos novedosos que ofrecen servicios de vanguardia requiere, así mismo, figuras legales que se adecúen a sus necesidades como fuentes de empleo por fuera de la relación de trabajo típica. Al respecto, autores como Porras han reconocido que “Cuestiones como el trabajo de autosustento, de cuidado humano, trabajo en el hogar no remunerado, de autoempleo, de trabajo autónomo y de trabajo cooperativo o asociativo se constituyen en un verdadero motor de la economía sobre todo en tiempos de crisis.”⁵². Por lo tanto, es indudable que la aplicación de una figura como el TRADE, que busque proteger relaciones novedosas de trabajo, es una forma de combatir cifras abrumadoras de desempleo, subempleo y empleo no pleno, asegurando así la certeza de un sector productivo cada vez mayor en el Ecuador. Así, este capítulo se centrará la visión actual de la relación laboral, analizando en un primer momento los elementos tradicionales de la misma como contexto para plantear y desvirtuar la antítesis de la presente tesina sobre el TRADE como una forma de fuga laboral y no como una figura independiente. Una vez realizado el ejercicio de análisis sobre esta antítesis, se concluirá el capítulo analizando el carácter excepcional del TRADE, razón por la que requiere un tratamiento específico dentro de la legislación ecuatoriana.

⁵⁰Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. *Reporte de economía laboral*. http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2018/Marzo-2018/Informe_Economia_laboral-mar18.pdf, p. 4-8.

⁵¹Global Entrepreneurship Monitor. *Ecuador 2017*. <http://espae.espol.edu.ec/wp-content/uploads/documentos/GemEcuador2017.pdf>, p. 16.

⁵² Porras Velasco, Angélica. “La reforma antes de la reforma. La construcción del nuevo Código del Trabajo”. *Revista de Derecho UASB* no. 19 (2013), p. 29.

2.2. Elementos de la relación laboral típica

Una vez realizada esta breve introducción, es necesario determinar los elementos tradicionales de la relación laboral como contexto para analizar su configuración o no en el TRADE. Así, la doctrina ha determinado como elementos de la relación laboral la presencia de un (i)acuerdo entre empleador y trabajador por medio del cual éste último preste sus (ii)servicios lícitos y personales bajo (iii)dependencia a cambio de una (iv)remuneración⁵³. En este sentido, el vigente Código del Trabajo ha recogido estos elementos en su artículo ocho que prescribe que el “[c]ontrato individual de trabajo es el **convenio** en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus **servicios lícitos y personales**, bajo su **dependencia**, por una **remuneración**”⁵⁴. Así, se analizarán a continuación los cuatro elementos esenciales de la relación de trabajo como antesala para la configuración o no de los mismos en la figura del TRADE.

2.2.1. Acuerdo de voluntades

Como cualquier contrato, el empleador y el trabajador poseen total libertad para decidir obligarse entre ellos o no. Así lo determina el artículo ocho del Código del Trabajo, al calificar al contrato individual del trabajo como un “convenio” entendido como un acuerdo de voluntades⁵⁵. Sin embargo, por la naturaleza social del contrato de trabajo y el especial interés que tiene el Estado para igualar las condiciones de los contratantes, la normativa nacional impone ciertos límites a la libertad contractual que rige en el ámbito civil⁵⁶. Así, el Código del Trabajo y normativa relacionada fijan ciertos mínimos obligatorios que limitan la libertad de los contratantes como la remuneración que no debe fijarse por debajo de un salario básico unificado, la jornada de trabajo que no puede exceder los límites diarios sin recargo, la afiliación obligatoria al seguro social, entre otros⁵⁷. De todas maneras, por encima de estos mínimos, y siempre que no perjudique al trabajador, prima la libertad contractual, pudiendo fijarse remuneraciones por sobre el mínimo, mayores beneficios laborales, bonos, entre otros⁵⁸.

⁵³ Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador., p. 113-119. Igualmente, *vid* Vásquez López, Jorge (2009). *Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Librería Jurídica Cevallos., p. 104-110 y Lencioni Monesterolo, Graciela (2014). *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*. Loja: Editorial Dykinson., p. 93-96

⁵⁴ Código del Trabajo. *Óp. Cit.* Artículo 9.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Cfr.* Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo*. *Óp. Cit.*, p. 115.

⁵⁷ *Cfr.* Vásquez López, Jorge (2009). *Derecho Laboral Ecuatoriano*. *Óp. Cit.*, p. 104.

⁵⁸ *Cfr.* Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo*. *Óp. Cit.*, p. 115.

2.2.2. Servicios lícitos y personales

Sobre el elemento de servicios lícitos y personales, cabe resaltar que el término “servicios” engloba tanto la ejecución de una obra como la prestación de un servicio⁵⁹. Así, este elemento posee dos aristas: que los servicios prestados sean (i)lícitos y (ii)personales. La licitud, entendida desde su acepción jurídica, significa que el acto en cuestión no se encuentre prohibido por ley⁶⁰. Así, en el ámbito laboral, la licitud hace referencia tanto al acto en sí mismo (la labor efectuada) como el fin del acto (el resultado o producto de esa labor)⁶¹. Sin embargo, vale la pena aclarar que el trabajo no prohibido por ley realizado por quien no posee la habilitación o requisitos legales para hacerlo no se enmarca en el supuesto de ilicitud⁶². Así, el trabajador tendrá derecho a todos los beneficios que le corresponden, pero estará sujeto también a cualquier sanción impuesta por ley a quien ejecute actos sin los requisitos legales correspondientes⁶³.

Por otro lado, el término “servicios personales” implica que el trabajo debe ser realizado por quien contrata en calidad de trabajador y no por terceros⁶⁴. Esto trae consigo dos consecuencias importantes: que el trabajador no pueda delegar o encargar la realización del trabajo a un tercero y que quien contrata en calidad de trabajador sea una persona natural y no jurídica⁶⁵. Así, es el trabajador quien debe cumplir con las prestaciones del contrato de trabajo de manera directa gracias a la relación intrínseca que existe entre las partes, y los beneficios que trae consigo la calidad de trabajador. Además, mientras que el empleador puede ser una persona natural o jurídica⁶⁶, el trabajador solamente podrá ser una persona natural por la misma razón por la que no podrá encargar el trabajo a un tercero, por el carácter directo de la prestación. Sin embargo, esta regla posee la única excepción del trabajo de equipo⁶⁷ en el que, si bien no existe

⁵⁹ Cfr. Vásquez López, Jorge (2009). *Derecho Laboral Ecuatoriano. Óp. Cit.*, p. 105.

⁶⁰ *Ibíd.* Además, *vid* Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 115

⁶¹ A manera de ejemplo, el Dr. Julio César Trujillo ilustra este concepto de la siguiente manera: los actos realizados por un químico bajo dependencia en un laboratorio son lícitos, sin embargo, si dicho trabajo es enfocado a realizar drogas cuya venta o distribución es prohibida por ley, la labor del químico se volvería ilícita. Sin embargo, si el mismo trabajo es realizado con el fin de crear medicamentos cuya venta se encuentra permitida, la labor del químico sería lícita. Cfr. Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 115.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Id.*, p. 116.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 10.

⁶⁷ *Ibíd.*, artículo 32. “Si un equipo de trabajadores, organizado jurídicamente o no, celebrare contrato de trabajo con uno o más empleadores, no habrá distinción de derechos y obligaciones entre los componentes

necesariamente una persona jurídica que englobe al equipo, la prestación del trabajo es grupal y no necesariamente personal y directo⁶⁸.

2.2.3. Remuneración

La remuneración es la contraprestación, generalmente monetaria, que recibe el trabajador por prestar sus servicios⁶⁹, pudiendo fijarse “(...) por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”⁷⁰. Este elemento consiste en el principal derecho del trabajador y, como correlativo, la principal obligación del empleador⁷¹. Así, el artículo trece del Código del Trabajo determina tres formas de remuneración:

En los contratos a sueldo y a jornal la remuneración se pacta tomando como base, cierta unidad de tiempo.

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

La remuneración es mixta cuando, además del sueldo o salario fijo, el trabajador participa en el producto del negocio del empleador, en concepto de retribución por su trabajo⁷².

La remuneración es entonces, para el trabajador, el objeto del contrato ya que el mismo presta sus servicios con la intención de recibir una contraprestación monetaria. En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que la remuneración es uno de los elementos de la esencia del contrato de trabajo ya que, sin ella, el contrato perdería su naturaleza laboral y devendría en otro tipo de contrato⁷³. La importancia del elemento remuneración ha sido reconocido en la Constitución de Montecristi bajo el principio “[a] trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”⁷⁴; principio cuya expresión se refleja en el Código del Trabajo bajo el adagio “[e]n general, todo trabajo debe ser remunerado”⁷⁵. La remuneración es conocida como sueldo cuando la percibe un

del equipo; y el empleador o empleadores, como tales, no tendrán respecto de cada uno de ellos deberes ni derechos, sino frente al grupo.”

⁶⁸ Cfr. Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 116.

⁶⁹ Cfr. Vásquez López, Jorge (2009). *Derecho Laboral Ecuatoriano. Óp. Cit.*, p. 104.

⁷⁰ Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 8.

⁷¹ Monesterolo Lencioni, Graciela. *Óp. Cit.*, p. 165.

⁷² Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 13.

⁷³ Causa no. 34-97. Caso Josefina Grau Barcia c. Promesa y Builsa. GJS XVI, no. 14.; Causa no. 42-98. Caso Marco Antonio Jaramillo Ramos c. TUBASEC, GJS XVI no. 14.; Causa no. 208-97. Raúl Enrique Salazar c. Manuel Félix Yépez Gutiérrez. GJS XVI no. 14. Citado en Cfr. Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 119.

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326.4. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁵ Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 33.

empleado, salario cuando la percibe un obrero y jornal cuando es percibida a cambio de unidades de obra o por tareas⁷⁶.

El valor de la remuneración, con base en la libertad contractual, puede fijarse libremente de común acuerdo entre empleador y trabajador. Sin embargo, y en miras a proteger al trabajador como la parte vulnerable de la relación contractual, el Estado fija ciertos salarios mínimos del que deben partir las partes al momento de fijar la remuneración, siendo estas el salario básico unificado del trabajador en general (SBU) y el salario mínimo sectorial⁷⁷. El SBU opera, como su nombre lo dice, de manera general a todos los trabajadores mientras que el salario mínimo sectorial es mayor y aplica para sectores específicos como es el caso del cargo de mensajero en empresas de telefonía móvil⁷⁸. Ambos son fijados por el Consejo Nacional de Salarios, después de intentar llegar a un consenso tripartita entre representantes de trabajadores, empleadores y el Estado⁷⁹, bajo los lineamientos generales establecidos en el convenio 26 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Ecuador y que se encuentra en vigor⁸⁰. Así, dicho tratado determina que los Estados son libres de fijar el salario mínimo, siempre que utilicen un método de fijación específico⁸¹. En el caso ecuatoriano, el CONADES utiliza un método progresivo tomando en cuenta factores como el índice de inflación, la productividad laboral, entre otros, para incrementar el salario mínimo anualmente por medio de acuerdo ministerial⁸².

2.2.4. Dependencia Jurídica

El elemento dependencia es, generalmente, el elemento más discutido al momento de alegar la existencia o no de una relación laboral debido a los distintos matices bajo los cuales se lo puede analizar. Así, la dependencia puede entenderse desde una perspectiva técnica, económica o jurídica⁸³. La dependencia técnica o económica se refieren a

⁷⁶ Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 80. Además, *vid* Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 120.

⁷⁷ Monesterolo Lencioni, Graciela (2014). *Óp. Cit.*, p. 166.

⁷⁸ El Comercio. "Revise cuál es el salario mínimo sectorial según el tipo de empleo en Ecuador". *El Comercio*. 18 de enero de 2019.

⁷⁹ Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, Introducción.

⁸⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26)., pár. 5.

⁸¹ *Id.* Artículo 1.

⁸² Ministerio del Trabajo. Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-270 de 27 de diciembre de 2018.

⁸³ *Cfr.* Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo. Óp. Cit.*, p. 118.

situaciones de hecho, mientras que la dependencia jurídica, que nace únicamente del negocio jurídico “contrato de trabajo”, hace referencia a la subordinación que posee el trabajador frente al empleador⁸⁴. En palabras de Grisolia, la dependencia jurídica “[c]onsiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario”⁸⁵. Bajo este análisis, la perspectiva que interesa el Derecho del Trabajo para definir una relación como laboral es la dependencia jurídica, y no la económica o técnica, aunque nada obsta a que puedan concurrir en ciertos casos específicos. Este criterio ha sido compartido por gran parte de la doctrina, estimando que “[l]a subordinación jurídica es la que efectivamente define el ordenamiento jurídico aplicable a la prestación de servicios, pese a que en ciertos contratos laborales sea muy tenue”⁸⁶.

El elemento dependencia entendida como subordinación jurídica ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia ecuatoriana. En este sentido, la ex Corte Suprema ha mantenido un criterio uniforme en sus sentencias, contemplando a la dependencia jurídica como el elemento esencial de la relación de trabajo. Para ilustrar este punto, se tomarán como ejemplo tres fallos que presentan con sobrada motivación el tema. Así, el primer fallo dictado dentro de la causa no. 327-2006 determinó que:

Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, la dependencia es aquella que confiere al empleador el derecho de dirigir u ordenar y al trabajador la correlativa obligación de acatar y obedecer. Se trata de una dependencia jurídica, esencial, que, para establecerla, debe examinarse si tiene el carácter de permanente por la naturaleza del contrato, por la clase de ocupación, por las obligaciones de servicio, etc., con el objeto de saber si realmente existe la subordinación por medio de la cual una de las partes contratantes adquiere el derecho con respecto a la otra de darle instrucciones, dirigirla, ordenarla y determinar que preste sus servicios lícitos y personales, en la forma y modo que más convenga a los intereses de la empresa o empleador⁸⁷.

En la misma línea, la ex Corte Suprema ha establecido que la importancia de la subordinación jurídica al momento de determinar las obligaciones de las partes bajo el siguiente criterio:

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Grisolia, Julio. (2010). Manual de Derecho Laboral. Buenos Aires: Abeledo-Perrot., p. 95

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Causa no. 327-2006. Registro Oficial 642 de 27 de julio de 2009.

La subordinación laboral es una relación jurídica de poder, de autoridad en el patrono y de obediencia y sometimiento en el trabajador. **La relación de poder que importa la subordinación ha de ser jurídica, esto es de derecho**, para que pueda operar entre hombres libres que se asocian en la tarea de producir la que para realizar se necesita de un derecho de dirección y de un correlativo deber obediencia (énfasis añadido)⁸⁸.

Finalmente, retomando las palabras de los tratadistas Planiol y Ripert, la Corte precisó que:

"Es cuando abandona la noción de subordinación jurídica, que es la única precisa, por corresponder a un derecho y a una obligación, se va por camino errado: el derecho del patrono a mandar a su empleado y la obligación de éste de obedecer. Por lo tanto, la dependencia esencial, la que constituye el elemento básico de este contrato, es la dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios (o a ejecutar la obra) bajo la subordinación del patrono, quien en virtud de tal contratación, adquiere el derecho de darle órdenes y dirigirle. Esta dependencia jurídica no excluye, como hemos dicho, la dependencia técnica, aunque es verdad que no consiste propiamente en ella la exigida en el contrato. No excluye tampoco la dependencia económica, e incluye la dependencia disciplinaria y administrativa"⁸⁹.

En resumen, la dependencia de la que habla el artículo ocho del Código del Trabajo debe entenderse como dependencia jurídica. Este elemento jurídico incluye el derecho del empleador de dar órdenes, siempre contemplando un estándar de dignidad humana, y por otro lado la obligación del trabajador de acatar dichas órdenes y cumplirlas bajo lo establecido por el contrato de trabajo. Como ya se ha adelantado en la jurisprudencia citada, la dependencia jurídica es la única con la cual se configura la existencia de un contrato de carácter laboral, por lo que no es suficiente que exista dependencia económica o técnica para que pueda configurarse como tal.

2.3. EL TRADE ¿Un caso de fuga laboral?

Una vez realizado un análisis de los elementos de una relación laboral típica, es necesario desvirtuar la antítesis de que el TRADE sea considerado como un caso de fuga laboral, y no como una figura independiente como se mantendrá a lo largo del presente trabajo. En el Ecuador nace la problemática de la inexistencia de alguna figura similar al TRADE, por lo que se debe recurrir a los elementos de la relación laboral típica para calificar este esquema informal como una relación laboral encubierta.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Crespo y Ree c. Industria Cantonera Ecuatoriana S.A. GJS XVII, no. 4 de 20 de agosto del 2000.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Salazar c. Municipio de Quito. Registro oficial 151 de 18 de marzo de 1999.

Como contexto a este análisis, es necesario recordar que el Derecho Laboral es una rama única que parte de la problemática que nace de la relación de poder entre el trabajador y el empleador⁹⁰. Debido a aquello, se ha buscado históricamente la protección al trabajador, al ser la parte débil de la relación laboral. Es esta protección especial que ha llevado a la especialidad del Derecho Laboral y dotándole de un carácter eminentemente social. El Derecho laboral es, entonces, eminentemente social y progresivo, lo que implica que su inclusión en la normativa ha avanzado en el tiempo llegando a adquirir rango constitucional. Como explica Cabanellas:

El progresivo relieve social del trabajo y su exaltación jurídica han determinado, en el transcurso del siglo XX, la formulación de diversas declaraciones de principios o derechos del trabajo, e incluso su máxima jerarquización al incluirse en los textos constitucionales, con el significado consustancial de situarlos en un plano esencial de la vida de los pueblos y en su ordenamiento jurídico y, también, para otorgarles la máxima estabilidad institucional⁹¹.

Es justamente la constitucionalización del Derecho del Trabajo lo que implica que su tratamiento requiere de cierta especialidad y cuidado. Como una de las medidas para garantizar este cuidado y otorgar certeza frente a casos de duda, el Código del Trabajo reconoció históricamente el principio *in dubio pro operario*, que se traduce a que en caso de duda, se preferirá la interpretación más favorable al trabajador⁹². Posteriormente, este principio fue recogido por la Constitución de Montecristi en su artículo 326.3⁹³. Bajo este contexto, se procederá a analizar brevemente la existencia de los cuatro elementos de una relación laboral típica en la figura del TRADE. Así, existe un (i)acuerdo entre empleador y el TRADE en el que se plasma la voluntad obligacional de ambas partes. En dicho acuerdo, las partes convienen en que el TRADE prestará sus servicios (ii)lícitos y personales a cambio de una (iii)remuneración.

No cabe duda de que estos tres elementos se configuran en la figura del TRADE. Sin embargo, ¿se puede argumentar que existe el elemento dependencia en la misma? La antítesis para el presente trabajo sostendría que sí, bajo al menos dos argumentos. El primero hace referencia a que no existe solamente dependencia económica en el TRADE,

⁹⁰ Guerrón Ayala, Santiago (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral*. Quito: UASB., p. 79.

⁹¹ Cabanellas, Guillermo; *et al* (1982). *Tratado de Política Laboral y Social, Tomo I*. Buenos Aires: Heliasta., p. 193.

⁹² Código del Trabajo. *Óp. Cit.*, art. 7.

⁹³ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. Cit.* Artículo 326.3. Además, *vid* Guerrón Ayala, Santiago (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo... Óp. Cit.*, p. 88.

ya que su trabajado está guiado, aunque sea, por directrices generales presentadas por el empleador, directrices que se configuran como dependencia jurídica dotando de carácter laboral a la relación en cuestión.

El segundo posible argumento se basa en el llamado contrato realidad. Este concepto ha sido tratado ampliamente en la jurisprudencia ecuatoriana, de la que resalta el voto salvado de la Dra. Rocío Salgado Carpio dentro de la causa No. 902-2011, quien, citando a Américo Plá Rodríguez, ha determinado que:

[I]a existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, **no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado** y es que, como dice Scelle, 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, carecen de todo valor⁹⁴.

Bajo este supuesto, poco importaría el contrato que se firme entre el TRADE y su cliente. Esto debido a que, si las condiciones fácticas de la labor reúnen los cuatro elementos de una relación laboral, la misma deberá regirse por los lineamientos del Derecho del Trabajo como un contrato de trabajo típico.

El tercer argumento, basado en el principio *in dubio pro operario*, es que, aunque solo se configure la dependencia económica en la relación entre el TRADE y su empleador, exista duda ya que se configuran los otros tres elementos, por lo que, evitando el perjuicio al trabajador, la relación debe entenderse como estrictamente laboral. Aunque estos dos argumentos no carecen de sustento, en el siguiente apartado se demostrará que los mismos son incorrectos, y que es necesario considerar al TRADE como una figura independiente al contrato de trabajo típico.

2.4. El TRADE como una figura independiente al contrato de trabajo típico

Como ya se ha explicado en el capítulo anterior, el TRADE ha sido considerado internacionalmente como una figura independiente que merece un tratamiento especializado. En este sentido, se vuelve necesario desvirtuar los dos posibles argumentos para que sea considerado un caso de fuga laboral para proceder con su tratamiento como

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Voto Salvado dentro de la Causa no. 902-2011.

una figura específica dentro del Derecho Laboral. Así, el primer argumento relativo a que las directrices entregadas por la empresa al TRADE son suficientes para configurarse como dependencia jurídica se desvirtúa justamente por la definición doctrinaria y jurisprudencial de dependencia. Retomando lo explicado por Grisolia, la dependencia no es solo una mera directriz, la dependencia jurídica debe entenderse como el derecho del empleador de dar órdenes específicas y la obligación del trabajador de acatarlas en su totalidad⁹⁵. Igualmente, la jurisprudencia, además de los casos ya anotados anteriormente, ha reiterado que:

Se trata pues de una dependencia jurídica, esencial, que, para establecerla, debe examinarse si tiene el carácter de permanente por la naturaleza del contrato por la clase de ocupación, por las obras obligatorias de servicio, etc., con el objeto de saber si realmente existe **la subordinación por medio de la cual una de las partes contratantes adquiere el derecho con respecto a la otra de darle instrucciones, dirigirla, ordenarle y obligarle** a que preste sus servicios lícitos y personales, en la forma y modo que más convenga a los intereses de la empresa patrono(énfasis añadido)⁹⁶.

Por lo tanto, el presente trabajo de investigación reconoce que existe dependencia económica entre el TRADE y su cliente, y que la mayoría o la totalidad de sus ingresos pueden provenir del mismo. Sin embargo, esta dependencia no es suficiente para alegar que tiene el mismo carácter que un trabajador típico que posee dependencia jurídica. Por lo tanto, el primer argumento resulta incorrecto, ya que la dependencia jurídica abarca un aspecto mucho más específico que meras directrices que pueda recibir el TRADE como contexto a su trabajo. Entonces, a diferencia del primer argumento de la antítesis, no es lo óptimo tratar de agrupar al TRADE dentro del conjunto de trabajadores típicos, ya que esto implicaría modificar totalmente la construcción doctrinaria y jurisprudencial de los requisitos de la relación laboral. Entonces, la solución eficiente sería reconocer la especialidad del TRADE, y así definir sus beneficios y régimen legal aplicable.

El segundo argumento, basado en el contrato realidad, también se desvirtúa al realizar el análisis sobre falta de dependencia jurídica en el TRADE. Así, aunque el contrato realidad sea un principio que busca centrarse en la realidad de los hechos y no en la letra del contrato para calificar una relación como laboral, el mismo no es inalterable. El límite a este precepto se encuentra justamente en los hechos, si una relación contractual

⁹⁵ Grisolia, Julio. (2010). Manual de Derecho Laboral. *Óp. Cit.*, p. 95

⁹⁶ Caso Mora Veintimilla c. Quito Motors S.A.C.I. GJS XIII, no. 2 de 28 de febrero de 1978.

en la práctica carece de dependencia jurídica, esto es subordinación a las órdenes impartidas por el empleador, será imposible aplicar el contrato realidad en favor de una relación laboral que, en la práctica, no existe. Así lo ha determinado la misma Sala Laboral de la ex Corte Suprema de Justicia, al determinar el contrato realidad rige en una situación práctica de dependencia jurídica: “La relación de trabajo es una realidad viva, que consiste en el hecho real de la prestación de un trabajo personal subordinado (...)”⁹⁷. Aplicado al caso del TRADE, siempre que en la práctica exista únicamente dependencia económica con el cliente y goce de total autonomía en el ejercicio de su labor, el principio del contrato realidad no será aplicable para tratar de convertir la relación del TRADE con su cliente en una relación laboral típica

En tercer lugar, el argumento que utiliza a la dependencia económica como suficiente, bajo el principio *in dubio pro operario*, para configurar la existencia de una relación laboral típica posee dos errores fundamentales. En primer lugar, sería imposible aceptar que la dependencia económica es suficiente para tratar de estirar el margen de una relación laboral típica. Así lo ha reiterado la jurisprudencia al determinar que:

[l]a dependencia del trabajador al patrono, mediante una retribución determinada por el convenio, la Ley, el pacto colectivo o la costumbre constituye el elemento esencial del contrato laboral; debiendo entenderse, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, **que tal dependencia no se refiere a la técnica ni económica, sino a aquella que confiere al empleador el derecho de dirigir u ordenar y al trabajador la correlativa obligación de acatar y obedecer** (énfasis añadido)⁹⁸.

Entonces, no es suficiente que exista dependencia económica entre las partes, ya que hace falta la subordinación o sumisión debida del trabajador al empleador para que se configure la esencia del contrato de trabajo. El segundo error de esta postura es que el principio *in dubio pro operario*, como su mismo nombre lo dice, aplica en casos en los que existan dudas sobre la existencia de una relación de trabajo típica. En el caso del TRADE, es evidente que no existe una relación laboral por la falta de la dependencia jurídica que tan esencial resulta para la existencia de una relación de trabajo típica. Por lo tanto, al no existir duda, no es posible aplicar el principio en mención ni el régimen laboral tradicional. Sin embargo, nace la problemática de que régimen aplicar al TRADE si no es el laboral, por lo que es necesario recurrir a la única solución que generaría estabilidad

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 8. Sentencia de 15 de agosto de 2001.

⁹⁸ *Ibid.*

y certidumbre en el TRADE que es tratarlo como una figura especial e independiente que posea sus propios beneficios legales.

Así, utilizando el ejemplo actual de Uber para otorgar mayor claridad a la explicación, se puede apreciar claramente que existe un acuerdo previo en el que se fija el servicio lícito y personal que realiza el conductor en beneficio de Uber, ya que es el quién trata directamente con la empresa. Además, no cabe duda de que existe una remuneración que percibe el conductor después de que Uber retiene un porcentaje del valor de los viajes semanales⁹⁹. Sin embargo, el elemento dependencia jurídica no se configura ya que el conductor tiene total autonomía en el desempeño de su labor, siendo la autonomía la antítesis de la dependencia. Así, podría trabajar los días a la semana que desee y a las horas que vea más conveniente para alcanzar el nivel productivo que satisfaga sus necesidades personales¹⁰⁰. Entonces, es imposible considerar que este tipo de trabajadores y similares se encuentran en una situación de fuga laboral. Por lo tanto, una vez desvirtuada la posible antítesis al presente trabajo de investigación, y planteada la necesidad de que exista una figura independiente que se adecuó a la situación del TRADE, se analizará en el siguiente capítulo su cabida constitucional dentro del ordenamiento jurídico, al igual que los beneficios legales que deben corresponder al TRADE como parte de su régimen específico.

3. CAPÍTULO III. Aplicación de la figura del TRADE en la legislación ecuatoriana

3.1. Introducción

Una vez analizados los elementos de una relación de trabajo típica, desvirtuada la antítesis sobre una posible fuga laboral en el TRADE y comprobada la especialidad del TRADE que requiere un tratamiento independiente, es necesario analizar su viabilidad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, este capítulo iniciará analizando la aplicación del TRADE en un contexto constitucional. Posteriormente, se analizará específicamente el principio constitucional de no discriminación, para determinar que no existe ninguna vulneración de este al aplicar la figura del TRADE en el Ecuador. Una vez

⁹⁹ Cfr. Uber Ecuador. <https://www.uber.com/es-EC/blog/como-funciona-uber-para-los-conductores/>.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibíd.*

demostrado que no existe un impedimento de grado constitucional para la cabida del TRADE en la normativa ecuatoriana, se procederá a explicar de manera práctica la aplicación de esta figura, incluyendo el cuerpo normativo donde se lo debe contemplar y el régimen legal en que se enmarca, régimen que incluirá ciertos derechos específicos para esta figura.

3.2. Viabilidad del TRADE

Al momento de siquiera pensar en la inclusión de una nueva figura legal dentro del ordenamiento jurídico, indudablemente se requerirá analizar si dicha figura se encuentra enmarcada en la visión de la Constitución de Montecristi. Una vez realizado este análisis será posible pasar del marco constitucional a uno normativo inferior en el que se busca incluir la figura del TRADE. Por lo tanto, se analizará la aplicación constitucional de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde dos perspectivas: (i) una internacional, basada en las obligaciones contempladas en el Convenio 122 de la OIT y (ii) una constitucional, basada en un análisis del principio de no discriminación.

Sobre la perspectiva internacional, el Ecuador ratificó el 13 de noviembre de 1972 el Convenio sobre la política de empleo o C122¹⁰¹. De manera general, el C122 define la obligación de los Estados parte de mantener políticas internas activas que busquen asegurar el Derecho al Trabajo entendido bajo la visión de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰². Dicho instrumento internacional contempla, en su primer artículo, la siguiente obligación de los Estados parte:

1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.
2. La política indicada deberá tender a garantizar:
 - (a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;

¹⁰¹ Organización Internacional del Trabajo. *Ratificación del C122 – Convenio sobre la política de empleo*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312267

¹⁰² Organización Internacional del Trabajo. C122 – Convenio sobre la política del empleo, 1964 (número 122). Fecha de entrada en vigor: 15 de julio de 1966. Preámbulo.

(b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;

(c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

3. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales.¹⁰³ (énfasis añadido)

Así, bajo el C122, el Ecuador tiene la obligación de mantener políticas activas de generación de empleo de acuerdo con el nivel y la etapa del desarrollo económico. En la época actual, es innegable que el desarrollo económico en el país ha avanzado hacia la esfera tecnológica, en la que servicios ofrecidos por medio de aplicativos móviles y páginas web se vuelven cada vez más comunes. El Ecuador no puede mantener una actitud pasiva ante estos cambios, por lo que no solo sería permitido, sino necesario y parte de las obligaciones estatales que se reconozcan figuras novedosas que se acomoden al contexto económico y tecnológico de la sociedad ecuatoriana. Es justamente en este punto en el que el TRADE cobra validez, ya que, bajo el C122, sería totalmente válido que se adopte legislativamente esta figura que buscará satisfacer la obligación internacional de asegurar trabajo para la mayor cantidad de ciudadanos posible.

Sobre la perspectiva eminentemente constitucional, una vez que se ha analizado la viabilidad inicial con base en el C122, es necesario confirmar que la inclusión de la figura del TRADE en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no vulnera el principio de no discriminación arbitraria aplicado en materia laboral. Este principio se encuentra reconocido, de manera general, en el artículo 11.2 de la Constitución:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación¹⁰⁴.

¹⁰³ *Id.* Artículo 1.

¹⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. Cit.* Artículo 11.2.

Así, este principio aplicado a cualquier individuo se resume en que, bajo mismas circunstancias o supuestos de hecho, deberá existir una misma consecuencia jurídica. Sobre este principio, autores como Valdés Dal-Ré han determinado que vulnerar el principio de no discriminación:

sume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia... [d]e un lado, por el carácter «odioso» del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada”¹⁰⁵.

En este sentido, el análisis teórico del principio de no discriminación en casos prácticos se facilita al hablar de características biológicas del sujeto. Sin embargo, la discusión se complica cuando se analizan consecuencias distintas para un mismo supuesto de hecho ajeno a características personales. En lo referente al tema presentado en este trabajo, podría existir un argumento contrario a la tesis planteada basado en el principio de no discriminación. Este razonamiento se resume en que, bajo el mismo supuesto de hecho, que se realice una actividad laboral, se busca generar una consecuencia jurídica distinta, un régimen especializado del TRADE sustituyendo la consecuencia regular de una relación laboral típica. Sin embargo, como se demostrará a continuación, existen supuestos legítimos bajo los que el principio de no discriminación no sea vulnerado, aunque se aplique una consecuencia distinta a un supuesto de hecho aparentemente similar.

Aunque el principio de no discriminación es un principio constitucional reconocido históricamente en el ámbito del derecho laboral, existen excepciones específicas en las que no aplica dicho principio. Al respecto, autores como Severin han establecido que “[e]n un primer enfoque, podemos señalar que la conducta discriminatoria, contraria a la igualdad, consistirá en una diferencia de trato arbitraria, es decir, sin **justificación objetiva y razonable**, en el ejercicio de los derechos consagrados”¹⁰⁶ (énfasis añadido). Este criterio ha sido reiterado por otros autores al establecer que el “(...) principio de no discriminación, como aspecto negativo de la igualdad, (...) prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios **razonables y**

¹⁰⁵ Valdés Dal-Ré, Fernando. *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*. Burgos: Universidad de Burgos (2008), p. 9.

¹⁰⁶ Severin Concha, Juan Pablo (2012). “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Viña del Mar: Universidad de Viña del Mar., p. 61.

objetivos”¹⁰⁷ (énfasis añadido). Por último, autores como Julio César Trujillo han mantenido que: “Son exigencias de la igualdad, una vez que no hay seres humanos idénticos, que los iguales han de ser tratados como iguales en lo que sean iguales y desigualmente en lo que sean desiguales, siempre que ellas se sustenten en criterios **objetivos y razonables**”¹⁰⁸ (énfasis añadido). En este sentido, el principio de no discriminación no es absoluto, pudiendo existir situaciones en las que pueda existir diferenciación legítima basada en criterios objetivos y razonables como resaltan los autores citados.

De esta manera, el criterio objetivo y razonable que se aplicaría en el caso del TRADE es justamente lo discutido en el capítulo anterior sobre el tema de la dependencia jurídica. Así, la jurisprudencia ha sido clara y reiterada en que un trabajador que posee dependencia económica, pero no dependencia jurídica, no cumple con los requisitos para que se configure una relación tradicional amparada por el Código del Trabajo¹⁰⁹. Es justamente por ello que no puede existir la misma consecuencia jurídica para supuestos de hecho distintos. Por un lado, se encuentra el caso de un trabajador que posee dependencia jurídica, y por lo tanto existe subordinación, con su empleador y recibe los beneficios inherentes a una relación de trabajo típica. Por otro lado, se presenta el caso de un trabajador que solo posee dependencia económica, pero es autónomo en el tiempo laborado, en su forma de trabajo y en el desempeño que realiza, situación por la que no debería recibir los mismos beneficios que un trabajador subordinado.

Por lo tanto, la aplicación del TRADE cumple con el requisito de objetividad y razonabilidad para generar consecuencias distintas a un mismo hecho que sería realizar una actividad laboral. El criterio objetivo se cumple al ser una situación que no depende de características subjetivas del individuo, sino de la autonomía que desempeña en el trabajo y el criterio razonable se cumple igualmente ya que el dar el mismo tratamiento a un individuo bajo total subordinación de su empleador y a uno autónomo genera un

¹⁰⁷ Arroyo Vargas, Roxana; Caicedo Tapia, Danilo(ed); Porras Velasco, Angélica(ed); *et al* (2010). “La igualdad un largo camino para las mujeres”. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos., p. 432.

¹⁰⁸ Trujillo, Julio César; Caicedo Tapia, Danilo(ed); Porras Velasco, Angélica(ed); *et al*. “Presentación”. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos., p. xvi.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Causa no. 327-2006. *Óp. Cit.* Además, vid Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Crespo y Ree c. Industria Cantonera Ecuatoriana S.A. *Óp. Cit.*, y Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Salazar c. Municipio de Quito. *Óp. Cit.*

régimen con consecuencias injustas. En suma, el incluir el régimen del TRADE como uno distinto al trabajador típico, al basarse en criterios objetivos y razonables, no vulnera el principio de no discriminación y es admisible por el régimen constitucional ecuatoriano.

3.3. Aplicación práctica del TRADE en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Una vez verificada la viabilidad constitucional de la figura del TRADE en el ordenamiento ecuatoriano, cabe realizar una breve recomendación, a partir de lo ya tratado en este trabajo, sobre los puntos necesarios para su aplicación práctica dentro del régimen local. Como preámbulo, cabe aclarar que lo que busca el presente trabajo de investigación es evitar la fuga del derecho del trabajo al área civil, reconociendo nuevas figuras laborales que, si bien no son una relación de trabajo típica, revisten un carácter laboral que las vuelve una figura sui generis, merecedora de un tratamiento normativo especial. Por lo tanto, esta recomendación incluirá los siguientes puntos base para la aplicación del TRADE en el ordenamiento ecuatoriano: (i) cuerpo normativo que la contiene, (ii) definición de la figura, (iii) elementos para su configuración, (iv) beneficios de la seguridad social, y (v) terminación.

En primer lugar, es necesario determinar en qué cuerpo normativo se ubicará la figura del TRADE dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El tratar de ubicarlo en el Código del Trabajo generaría problemas de interpretación ya que se buscaría argumentar que el TRADE, al encontrarse regido por el Código del Trabajo, es un trabajador regular, situación en la que se desnaturalizaría su figura. Por otro lado, incorporarlo dentro del Código de Comercio o en un cuerpo normativo eminentemente civil restaría valor a la faceta laboral del TRADE, ya que no es una figura totalmente laboral ni totalmente civil. Es justamente por encontrarse en esta zona gris entre el ámbito laboral y el civil que se plantean dos posibilidades: (i) una basada en la eficiencia de aplicación a corto o inmediato plazo, incluyendo la figura en la Ley de Seguridad Social y (ii) una con aplicación a mediano plazo, incluyendo la figura por medio de la creación de un cuerpo normativo independiente.

En este sentido, la inclusión del TRADE en la Ley de Seguridad Social presentaría una alternativa eficiente y expedita, que permitiría que la figura se inserte en la práctica rápidamente. Así, el TRADE podría incluirse de manera general dentro de los sujetos de

protección contemplados en su artículo dos¹¹⁰. Igualmente, y procediendo con su definición general, se podría incluir a la figura en el artículo nueve del mismo cuerpo normativo que contiene definiciones específicas de todos los sujetos de protección¹¹¹. En esta definición se podrían incluir los elementos base tratados en esta sección, creando así la figura del TRADE normativamente al mismo tiempo que se especificarían sus supuestos de aplicación. Para todo lo que no se encuentre en esta definición, al ser una figura esencialmente civil con matices laborales, se deberá recurrir a las reglas generales de una relación civil. Por otro lado, la solución a mediano plazo sería crear una ley independiente que regule específicamente al TRADE. Esta solución, aunque presente una posibilidad más amplia de regulación de los puntos específicos del TRADE que la opción planteada anteriormente, dependerá de la agilidad legislativa con la que se la discuta.

En segundo lugar, ya determinado el cuerpo normativo independiente necesario para la inclusión del TRADE, habrá que definir de manera general la figura en primer término. Así, la definición deberá incluir la naturaleza civil de la figura, en la cual existe una aplicación parcial del Derecho del Trabajo. Igualmente, deberá resaltarse que el TRADE carece de dependencia jurídica, esencial para la configuración de una relación laboral típica. Finalmente, deberá mencionarse la dependencia económica que posee el TRADE frente al cliente de quien recibe la mayoría de sus ingresos. En este sentido, vale la pena retomar como sugerencia de una definición bastante completa la aportada por Caamaño Rojo y ya citado al inicio de este trabajo, quien define al TRADE como:

[La] persona natural que presta servicios personales a una empresa, en forma continua, sin encontrarse sujeto a tiempos de trabajo, a instrucciones o medidas de control en cuanto a la ejecución de la actividad para la que fue contratado, pero que se encuentra en una especial situación de dependencia desde el punto de vista económico, pues sus ingresos proceden en su totalidad o en su mayor parte de un único cliente ¹¹².

En tercer lugar, con base en esta definición, se considera necesario el establecer claramente los elementos para que se configure el TRADE, así evitando la asimilación a una relación laboral típica o a una figura exclusivamente civil. Así, los elementos a describir partirán de la definición de la figura en general, pero serán enumerados

¹¹⁰ Ley de Seguridad Social. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 1465 de 30 de noviembre de 2001.

¹¹¹ *Id.* Artículo 9.

¹¹² Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. *Óp. Cit.*, p. 16.

taxativamente y deberán considerarse como elementos concurrentes necesarios para la existencia de la figura. Entonces, estos elementos serían: (i) La existencia de servicios lícitos y personales del TRADE con su cliente, (ii) Una contraprestación monetaria o en especie a cambio del servicio y (iii) dependencia económica, esto es, que reciba al menos el 51% de sus ingresos del mismo cliente. Sobre este último punto, la dependencia económica, se ha recurrido a un mínimo del 51% de la totalidad de ingresos para permitir que el TRADE preste servicios a varios clientes, pero evitar el abuso de la figura reclamando derechos a todos los clientes a los que preste servicios y de quienes reciba una remuneración. El establecer el 51% de sus ingresos como mínimo resulta un punto neutral que se adecúa a la naturaleza del TRADE, generando ciertos derechos laborales parciales por el hecho de que su subsistencia depende, en más de la mitad, de una misma fuente.

En cuarto lugar, es necesario tratar los beneficios de la seguridad social aplicables al TRADE como el beneficio parcial del régimen laboral aplicable a esta figura. Sobre este tema, vale recalcar que el artículo dos de la Ley de Seguridad Social contempla una lista de sujetos de protección del Seguro General Obligatorio entre los que se encuentra los trabajadores autónomos¹¹³. Igualmente, el artículo nueve de la misma ley contempla las definiciones de trabajo en relación de dependencia, autónomo, entre otros¹¹⁴. Por esto, nada obsta a que, dentro de esta lista, se incluya al TRADE que posee una autonomía inherente a su naturaleza.

En este sentido, los beneficios obtenidos por este régimen del Seguro Social podrían asimilarse al de la afiliación voluntaria, estos son, seguros de invalidez, vejez, muerte, riesgos del trabajo y los seguros de salud por enfermedad y maternidad¹¹⁵. No se incluiría el seguro de cesantía justamente por el hecho de la falta de dependencia jurídica de la figura del TRADE con sus clientes, es así como la cantidad de ingresos percibidos

¹¹³ Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; g. Las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado; y, h. Las demás personas obligadas a la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes o decretos especiales (...). Ley de Seguridad Social. *Óp. Cit.*, Artículo 2.

¹¹⁴ *Id.* Artículo 9.

¹¹⁵ *Id.* Artículo 142.

dependerá del esfuerzo del individuo. En el mismo sentido, la tasa de aportación, basado en los beneficios obtenidos, sería del 17.60% de la materia gravada por el TRADE. Sin embargo, y difiriendo de la aportación voluntaria en la que la totalidad del 17.60% es realizada por el trabajador, en el caso del TRADE se recomendaría un sistema de aportación mixto, en el que el 7.45% (cubriendo una porción del seguro de invalidez y muerte más gastos administrativos) de ese porcentaje sea cubierto por el TRADE, mientras que el 10.15% (cubriendo el seguro de salud, de riesgos del trabajo y el seguro de invalidez, vejez y muerte más gastos administrativos), sea cubierto por el cliente con quien mantiene esta relación sui generis con matices laborales. Esto basado justamente en la especialidad de la figura en la que convergen elementos civiles con ciertos matices laborales, y es inevitable la relación intrínseca entre el TRADE y su cliente de quien recibe la mayor parte de sus ingresos para su subsistencia.

Vale le la pena recordar que los ingresos del TRADE son, generalmente, variables ya que dependerá del tiempo que decida invertir en la labor y la eficiencia con la que lo realice. Por esta naturaleza variable, se recomienda que si el TRADE percibe ingresos superiores al salario básico por tres meses consecutivos de iniciada su labor, podrá acceder a la afiliación correspondiente, esto basado en las necesidades logísticas del Seguro Social para mantener una afiliación por sobre el salario básico. Por esto, es necesario, basado en el mínimo para la aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que el TRADE aporte al menos el 17.60% del salario básico para acceder a los beneficios de la seguridad social. En caso de que no cancele este valor, se recomienda, en beneficio del TRADE, que existan tres meses de gracia en que las aportaciones del TRADE se harán por debajo de la aportación mínima. En estos tres meses el TRADE mantendrá su continuidad con el Seguro Social pero no recibirá los beneficios correspondientes ya que su aportación no es la requerida. Este sistema se recomienda para que sea un incentivo del TRADE el ejercer su labor eficientemente para cumplir con la afiliación al Seguro Social y así recibir los beneficios correspondientes. En caso de que no se cumpla con el mínimo de aportaciones en estos tres meses de gracia, la consecuencia será la establecida por el artículo tercero del Reglamento del Régimen Especial del Seguro Voluntario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que será la salida del Régimen Especial del Seguro Voluntario y la no cobertura del seguro, sin perjuicio de poder

realizar el aviso de entrada nuevamente en los siguientes meses que si alcance el salario básico¹¹⁶.

Por último, es necesario determinar en este nuevo cuerpo normativo los supuestos de terminación del contrato entre el TRADE y su cliente. Así, basándose en su carácter civil, podría pactarse en el contrato causales de terminación del contrato sin necesidad de indemnización de ninguna clase. Igualmente podría pactarse un plazo para la terminación del contrato que podría ser sujeto a renovación por voluntad de las partes, sería necesario incluir un plazo mínimo legal de terminación en caso de que las partes no lo pacten en el contrato. En caso de terminación unilateral e injustificada de una de las partes, y debido al carácter civil de este tipo de contratos, la parte afectada por la terminación podrá solicitar los remedios por incumplimiento contractual contemplados en el Código Civil.

En definitiva, la inclusión de la figura del TRADE en el ordenamiento jurídico ecuatoriano seguramente traerá desafíos teóricos como prácticos. Es así como el objetivo de esta sección es presentar la base para la aplicación práctica del TRADE. Sin embargo, vale la pena recalcar que las recomendaciones planteadas buscan iniciar un debate sobre el tema que acarree un proceso de inclusión del TRADE en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo de titulación se ha desarrollado la figura del TRADE, iniciando por su definición a nivel internacional. En este sentido, el primer capítulo buscó armar el marco en el que se desarrolla esta figura, analizando a la categoría general del trabajador parasubordinado para aterrizar en la especie que es el TRADE. Así, se procedió a analizar su tratamiento en España, Alemania y Colombia para concluir que todos los países hablan de la dependencia económica de la figura con un solo cliente. Este capítulo aportó con el trasfondo y el marco necesarios para poder, con esta base, aplicarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹⁶ Reglamento Del Régimen Especial Del Seguro Voluntario Del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social. Artículo 2. Resolución No. CD. 460 de 12 de diciembre de 213.

Posteriormente, tomando como base este análisis preliminar, se acudió a la normativa interna para aterrizar la figura del TRADE en un contexto nacional. Para este fin, aunque entre el TRADE y una relación de trabajo típica confluyan los elementos del acuerdo, remuneración y servicios lícitos y personales, no comparten el elemento de dependencia jurídica. Así, el TRADE carece totalmente de dependencia jurídica con su cliente y, por el contrario, goza de autonomía en el ejercicio de su labor, impidiendo la configuración de una relación de trabajo típica. Esta diferenciación genera el TRADE sea necesariamente una figura intermedia, no es cien por ciento laboral pero tampoco es cien por ciento civil/comercial, razón por la cual merece un tratamiento diferenciado que responda a su naturaleza particular.

Finalmente, aceptada la especialidad del TRADE, se procedió a la antesala su incorporación dentro del ordenamiento jurídico realizando un análisis de la viabilidad constitucional de la figura. Superado este examen focalizado en el Convenio 122 de la OIT y en el principio a la no discriminación, se procedió a realizar recomendaciones sobre puntos básicos que deberían incluirse para la incorporación de esta figura en el régimen nacional. Así, a manera de resumen, sería necesario incluir los siguientes puntos sobre el TRADE para una incorporación normativa exitosa:

- Deberá incluirse la figura ya sea en los artículos dos y nueve de la Ley de Seguridad Social, o alternativamente dentro de un cuerpo normativo independiente y especial, por no ser una figura totalmente civil ni laboral.
- Se deberá realizar una definición general de la figura, enfatizando su autonomía y falta de dependencia jurídica.
- Se deberán precisar los elementos concurrentes para que su configuración: servicios lícitos y personales, remuneración y dependencia económica de al menos el 51% de sus ingresos de uno de sus clientes.
- Se deberán incluir los beneficios de la seguridad social, como faceta laboral de esta figura. Estos beneficios se basarán en un aporte mixto, el cliente aportaría el 10.15% y el TRADE 7.45% (17.60% en total). Para recibir los beneficios de la seguridad social este aporte no podrá ser menor al que se haría por sobre un salario básico, tomando en cuenta los tres meses de gracia para esta aportación por debajo del mínimo.

- La terminación de este contrato, por su faceta civil, podrá ser pactada por las partes en la forma de causales o un plazo de terminación.

Sobre la base de estas sugerencias, vale la pena aclarar que, como toda norma, es imposible que se ajuste totalmente a todos los supuestos de hecho que pueden derivar de las interacciones personales. Así, podrían existir implicaciones prácticas en la aplicación de esta figura que no se encuentran contempladas por la norma que se emita al respecto. Sin embargo, esto es una consecuencia lógica de la aplicación de toda norma, ya que de lo contrario, en el supuesto en que los presupuestos jurídicos se apliquen perfectamente a los presupuestos fácticos, no existirían controversias que deban dirimirse ante los jueces nacionales. Partiendo de este razonamiento, la aplicación del TRADE seguramente presentará nuevos problemas en la marcha, pero esto no significa que los potenciales beneficios que presenta esta figura, específicamente reducir la tasa de desempleo, no se sobrepongan a las complicaciones que puedan surgir.

En conclusión, la figura del TRADE presenta una nueva oportunidad de contratación que podría aprovechar el desarrollo tecnológico y social de nuestro entorno actual. Así, esta figura podría beneficiar tanto a emprendimientos como a trabajadores que buscan diversificar sus ingresos en varios clientes, sin la atadura rígida de un contrato de trabajo típica. Como reflexión final, el Derecho en general tiene como objetivo adaptarse a la sociedad en la que desenvuelve, objetivo que adquiere una importancia imperativa cuando se trata del Derecho del Trabajo que regula las relaciones dinámicas entre seres humanos que son, por su naturaleza, cambiantes. Es justamente este carácter humano tendiente al cambio, el que requiere de análisis novedosos sobre el Derecho Laboral que respondan a la realidad del Ecuador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Arenas Monsalve, Gerardo; et al (2003). Comentarios a las reformas laboral y de seguridad social. Bogotá, Editorial Legis.
- Arroyo Vargas, Roxana; Caicedo Tapia, Danilo(ed); Porras Velasco, Angélica(ed); et al (2010). “La igualdad un largo camino para las mujeres”. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”. *Revista Laboral Chilena* (2004), p. 16. Recuperado de http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf.
- Cabanelas, Guillermo; et al (1982). *Tratado de Política Laboral y Social, Tomo I*. Buenos Aires: Heliasta.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. *El Derecho al Trabajo*. Observación General No 18, 24 de noviembre de 2005. Recuperado de: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=en.
- El Comercio. “Revise cuál es el salario mínimo sectorial según el tipo de empleo en Ecuador”. *El Comercio*. 18 de enero de 2019.
- García Murcia, Joaquín (2007). *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. Navarra.
- Global Entrepreneurship Monitor. Ecuador 2017. <http://espae.espol.edu.ec/wp-content/uploads/documentos/GemEcuador2017.pdf>.
- Grisolia, Julio. (2010). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Guerrero Vizquete, Esther. “La (¿acertada?) regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Análisis del artículo 11 del Estatuto del Trabajador Autónomo”. *Azanzadi Social* Num. 20 (2010).
- Guerrón Ayala, Santiago (2001). *Principios Constitucionales del Derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral*. Quito: UASB.
- Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz; et al. “El autónomo económicamente dependiente: problemática y método” *Revista Aranzadi Social* Vol. 18 (2003). p. 50 citado en Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”.

Revista Laboral Chilena (2004), p. 15. Recuperado de http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf.

Hernández Álvarez, Óscar. “El derecho mercantil y el derecho del trabajo: fronteras y espacios de concurrencia”. *Revista Gaceta Laboral* Vol 11. No. 1. (2015).

Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. Reporte de economía laboral. http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2018/Marzo-2018/Informe_Economia_laboral-mar18.pdf.

Jaramillo Dávila, Fabián. *La Capitalización del Trabajo del Obrero*. Cuenca: Editorial Eugenio Espejo.

Lencioni Monesterolo, Graciela (2014). *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*. Loja: Editorial Dykinson.

Manrique Villanueva, Jorge (2013). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, parasubordinado y autogestionario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Porras Velasco, Angélica . “La reforma antes de la reforma. La construcción del nuevo Código del Trabajo”. *Revista de Derecho UASB* no. 19 (2013).

Ruiz Castillo, María (1991). *Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado*. Relaciones Laborales tomo II.

Sánchez-Castañeda, Alfredo (2003). *¿Hacia la Decadencia del Contrato de Trabajo?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Severin Concha, Juan Pablo (2012). “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Viña del Mar: Universidad de Viña del Mar.

Soler Arrebola, José (2013). *La contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Régimen jurídico en un entorno de descentralización productiva*. Granada: Editorial Comares.

Trujillo, Julio César (2008). *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Trujillo, Julio César; Caicedo Tapia, Danilo(ed); Porras Velasco, Angélica(ed); et al. “Presentación”. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Uber Ecuador. <https://www.uber.com/es-EC/blog/como-funciona-uber-para-los-conductores/>.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2008). *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*. Burgos: Universidad de Burgos.

Vásquez López, Jorge (2009). *Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Librería Jurídica Cevallos.

PLEXO NORMATIVO

Asamblea General de las Naciones Unidas. Colección de Tratados de la Naciones Unidas. Recuperado de: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en.

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

Consejo de Administración Legislativa. Resolución CAL-2017-2019-607. 22 de enero de 2019.

Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. España. BOE No. 166 de 12 de julio de 2007.

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 1465 de 30 de noviembre de 2001.

Ministerio del Trabajo. Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-270 de 27 de diciembre de 2018.

Organización Internacional del Trabajo. C122 – Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm 122). Fecha de entrada en vigor: 15 de julio de 1966.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26).

Organización Internacional del Trabajo. Ratificación del C122 – Convenio sobre la política de empleo. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312267

Proyecto del Código Orgánico Integral del Trabajo. Presentado mediante oficio No.1064-LDA-AN-208 el primero de agosto de 2018.

Reglamento Del Régimen Especial Del Seguro Voluntario Del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social. Resolución No. CD. 460 de 12 de diciembre de 213.

JURISPRUDENCIA

BAG. Sentencia de fecha 15 de abril de 1993; BAG. Sentencia de fecha 2 de octubre de 1990.

Caso Mora Veintimilla c. Quito Motors S.A.C.I. GJS XIII, no. 2 de 28 de febrero de 1978.

Causa no. 208-97. Raúl Enrique Salazar c. Manuel Félix Yépez Gutiérrez. GJS XVI no. 14.

Causa no. 34-97. Caso Josefina Grau Barcia c. Promesa y Builsa. GJS XVI, no. 14.

Causa no. 42-98. Caso Marco Antonio Jaramillo Ramos c. TUBASEC, GJS XVI no. 14.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 12. Sentencia, 31 de marzo de 1981. Igualmente, vid Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Expediente de Casación 60. Sentencia, 7 de septiembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Causa no. 327-2006. Registro Oficial 642 de 27 de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Crespo y Ree c. Industria Cantonera Ecuatoriana S.A. GJS XVII, no. 4 de 20 de agosto del 2000.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Caso Salazar c. Municipio de Quito. Registro oficial 151 de 18 de marzo de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. Voto Salvado dentro de la Causa no. 902-2011.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Laboral y Social. Gaceta Judicial 8. Sentencia de 15 de agosto de 2001.

Tribunal Superior de Justicia de España. Recurso de suplicación 479/2011; recurso de suplicación 3069/2018, recurso de suplicación 1019/2008 y recurso de suplicación 3714/2010.