

CONTRATACIONES ATÍPICAS **CON INCIDENCIA EN** **MATERIA LABORAL**

Por: Carlos Francisco Nova Zamora
1 febrero 2019



Al igual que en otras legislaciones de índole laborales, podemos darnos cuenta que nuestra Legislación Laboral, no han hecho distinción entre la relación de trabajo y el contrato de trabajo, posiblemente por ser demasiado viejas y estos conceptos parecían o se confundían como una misma cosa, así lo expresa el Dr. Leonel Caniz¹, en su presentación de la **MAESTRIA REGIONAL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y lo ratifica entre otros el Dr. Baltasar

¹ Dr. Leonel Caniz¹, en su presentación de la MAESTRIA REGIONAL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Contrato Individual de Trabajo - sesión 1.

Cavazos Flores, laboralista mexicano, en su obra, **EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO**², cuando afirma “...nuestro legislador no quiso o no supo distinguirla relación de trabajo del contrato laboral, ya que en ambos casos se establecen como elementos de definición el servicio personal subordinado y el pago del salario...”, situación de la cual no escapa el **Código de Trabajo Salvadoreño**, pues no habla sobre la relación laboral más que en dos ocasiones, la primera, en el art. 379 “...La demanda podrá ser verbal o escrita y deberá contener:....4) Salario ordinario devengado por el trabajador, jornada ordinaria, horario de trabajo y fecha o época aproximada de iniciación de la relación laboral;” y la segunda, cuando se refiere al embargo de los bienes de la empresa en el Art. 421, “...el embargo se trará en los bienes del centro de trabajo en que exista o hubiere existido la relación laboral de que se trate...”, y sobre el contrato de trabajo lo recoge en el **LIBRO PRIMERO**, correspondientes al **DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO**, el **TITULO PRIMERO**, regula lo concerniente al **CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO**, el cual en

² Dr. Baltasar Cavazos Flores, laboralista mexicano, en su obra, EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO.

sus **DISPOSICIONES GENERALES** determina que Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario, pero lo maneja como que ambos conceptos estuvieran incluidos en uno mismo, pues no hace la distinción desde cuándo es que en verdad inicial la relación laboral, dando la percepción de que es al momento de firmar el mismo que esta nace.

No es, si no, hasta en el Art. 20 de nuestro código de Trabajo que hace alguna distinción entre ambos, pues presume la existencia del contrato individual de trabajo, por el simple hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos, siendo aquí donde al establecer el trabajador desde cuando comenzó a prestar los servicios para su empleador, cuando verdaderamente inicia la relación laboral y nacen los derechos de este.

Es importante aclarar que el contrato como tal nace verdaderamente cuando el trabajador comienza a prestar materialmente los servicios para su empleador y esto le dará derechos que la legislación laboral le protege, pero debe de estarse claro para ello si esta relación es o no de índole laboral.

A la luz de la doctrina de la primacía de la realidad, nuestro código ya preveía que los contratos de trabajo no pierde su naturaleza, aunque se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, como los de sociedad, arrendamiento de talleres, vehículos, secciones o dependencias de una empresa, u otros contratos innominados y, en consecuencia, les son aplicables a todos ellos las normas de este Código, siempre que una de las partes tenga las características de trabajador.

Antes de entrar a describir los contratos atípicos como tal es importante hacer una revisión histórica del trabajo como tal, de ahí que podemos recordar como en El Salvador a mediados de los años setenta, recién entrado en vigencia el Código de Trabajo Salvadoreño, los padres de familia tenían jornadas de

trabajo marcadas, de ocho a doce del medio día y de dos a seis de la tarde y los sábados de ocho a doce del medio día, lo que les permitía a los padres almorzar incluso en casa con sus hijos, pues estos también tenían jornadas escolares de dos turnos.

A partir de los años setenta los programas de educación sufren reformas y nacen en El Salvador lo que se conoció como jornadas únicas, situación a la que no escaparon los trabajadores y se redujo la jornada laboral en una hora de almuerzo, para salir a las cinco de la tarde.

Para el año dos mil el mundo había evolucionado de tal manera que comenzaba a desarrollar nuevas formas de trabajo, que evolucionaban a otro ritmo y que no estaban reguladas por los códigos de trabajo, lo que dio lugar a que los estudiosos del derecho laboral³ trabajaran en la regulación y protección de estas; además muchas tuvieron que ser suplidas a través de interpretación jurídica, de sana crítica o de criterios jurisprudenciales, junto de la normativa internacional por medio de los

convenios y protocolos de la Organización Internacional del Trabajo.

Estas nuevas formas de contratación atípicas ha tenido que ser reguladas dentro de contratos individuales de trabajo especiales y se entenderán incluidos los derechos y obligaciones correspondientes, emanadas de las distintas fuentes de derecho laboral, tales como:

- a) Los establecidos en este Código, leyes y reglamentos de trabajo;
- b) Los establecidos en los reglamentos internos de trabajo;
- c) Los consignados en los contratos y convenciones colectivos de trabajo;
- d) Los que surgen del arreglo directo o del avenimiento ante el Director General de Trabajo, en los conflictos colectivos de carácter económico;
- e) Los que resulten del laudo arbitral pronunciado en los conflictos a que se refiere el literal anterior; y
- f) Los consagrados por la costumbre de empresa.

³ El nuevo Derecho del Trabajo, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2004.

RELACION NORMAL O TIPICA

La relación normal conocida sobre bases de criterios clásicos, los define Eduardo Caamaño Rojo⁴, en su artículo, publicado en la revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Transformación del Trabajo y Empleo Atípico, de acuerdo a la corriente Fordista – Taylorista, como una relación laboral basada en la subordinación de un trabajador con un bajo nivel de calificación, normalmente del sexo masculino, regularidad en las jornadas de trabajo y por ser indefinida en el tiempo.

Si analizamos dichas características podemos darnos cuenta que esta clasificación corresponde a la protección que daban los códigos laborales de la época de los años setenta con la concepción y momento de esa época y por tanto respondía a las características siguientes⁵: a) El empleo dependiente es la única fuente de ingreso y de provisión: esto se explica, porque el

trabajo se realiza a tiempo completo y proporciona un ingreso que asegura al menos la subsistencia del trabajador. La relación laboral es de duración indefinida y, por principio, proyectada hacia la continuidad y estabilidad del empleo. Además, la relación laboral se inserta en una red de normas legales y colectivas que garantizan las condiciones contractuales y la protección social. También se norma y estandariza la organización del tiempo de trabajo, es decir, la duración y distribución de la jornada laboral y, consecuentemente, los tiempos de descanso diario, semanal y anual.

b) La relación laboral abarca un período más o menos largo en una biografía laboral continua: la duración indefinida de la relación laboral implica que ésta se proyecta durante buena parte de la vida laboral del trabajador, sin perjuicio que, eventualmente, puede verse interrumpida por fases breves de cesantía. Además, la edad, la duración de la permanencia en el mercado laboral y, sobre todo, la antigüedad en la empresa se expresan en logros acumulativos de derechos y Esta clasificación es la regularmente normas

⁴ Eduardo Caamaño Rojo, en su artículo, publicado en la revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XVIII, julio 2005..

⁵ En este sentido: Yáñez, S.; Medel, J.; Díaz, X., “La relación laboral normal: ¿desarticulación o modificación?”, en El Trabajo en Chile: aportes desde la investigación, Propositiones 32, Ediciones SUR, SUR/CEM, Santiago, Chile, 2001

nuestras legislaciones y es a la luz de los años setenta, año en que entra en vigencia nuestro código laboral, la protección que regularmente daban a los trabajadores de la época.

RELACION ATIPICA O MODERNA.

Podemos resumir de lo anteriormente analizado que la protección establecida en nuestras legislaciones en la época de los sesenta a principios del año dos mil ha venido transformándose hasta nuestros días, particularmente por los cambios esenciales que ha experimentado la relación laboral normal, a partir de los supuestos siguientes⁶:

a) **La deslaborización de la relación de trabajo:** Los nuevos modos de producción han ido estimulando nuevas y no tan nuevas formas de empleo que se independizan del contrato de trabajo típico, entre las que destacan, por ejemplo, la tercerización, la intermediación

laboral, el teletrabajo y las nuevas formas de trabajo autónomo.

b) **La descentralización productiva:** este proceso de transformación de la estructura organizacional de la empresa ha ocasionado que la cadena fabril de producción se fragmente en unidades productivas a cargo de empresas formalmente independientes, pero que, incluso, pueden llegar a ser económicamente dependientes de una unidad central. De esta manera, se generan importantes consecuencias para el ámbito jurídico laboral, tales como: el notable incremento de la subcontratación laboral en sus variantes de bienes, de servicios materiales y de servicios personales; la revalorización del trabajo autónomo; y el particular proceso de filialización empresarial con el consecuente surgimiento de los “grupos de empresas”.

c) El cuestionamiento de los costos laborales: la permanente, compleja y hasta brutal competencia internacional en la que se encuentran inmersas las empresas

⁶ Las líneas generales de este proceso han sido planteadas por: Raso Delgue, J.,

ha provocado una búsqueda incesante por la reducción de los costos de producción. De esta manera, se genera también una importante presión nacional e internacional por la desregulación de la normativa protectora del trabajador y por la inclusión de nuevos espacios y formas de flexibilidad de las relaciones laborales.

De lo recién expresado, nos servirá de punto de partida para contextualizar el proceso de adaptación a esta nueva realidad laboral manifestado en el desarrollo y creciente importancia adquirida por las formas atípicas de contratación, las que se apartan de los elementos propios y definidores del modelo de prestación de servicios laborales que recoge y regula el Derecho del Trabajo en su sentido más tradicional.

FORMAS DE CONTRATACIÓN ATÍPICAS

En términos generales, existe claridad y uniformidad en la doctrina al momento de identificar las principales formas de

ocupación atípica que se han desarrollado producto de las profundas transformaciones ocurridas en el mundo del trabajo, o que han alcanzado un nuevo sentido frente a la ya analizada crisis de la relación normal de trabajo. Es así, entonces, que tradicionalmente se consideran como formas de contratación atípicas a las siguientes:

- a) Los contratos de duración determinada, entre los que se encuentran: el contrato de trabajo a plazo fijo y el contrato de trabajo por obra, faena o servicio;
- b) El trabajo a domicilio;
- c) El teletrabajo;
- d) La subcontratación de servicios personales, también denominada suministro de trabajadores o trabajo temporal y;
- e) El contrato de trabajo a tiempo parcial.

TRABAJO SUJETO A REGIMENES ESPECIALES

El Código Salvadoreño de trabajo tiene una clasificación especial sobre el **TRABAJO SUJETO A REGIMENES**

ESPECIALES, en el cual regla lo concerniente a estos y son:

CONTRATOS DE DURACION DETERMINADA.

Nuestro código establece que la estipulación de plazo sólo tendrá validez en los casos siguientes:

- a) Cuando por las circunstancias objetivas que motivaron el contrato, las labores a realizarse puedan ser calificadas de transitorias, temporales o eventuales; y
- b) Siempre que para contratar se hayan tomado en cuenta circunstancias o acontecimientos que traigan como consecuencia la terminación total o parcial de las labores, de manera integral o sucesivas.
- c) A falta de estipulación, en el caso de los literales anteriores, el contrato se presume celebrado por tiempo indefinido.

Dicta también el Código de Trabajo que los contratos para prestar servicios

subordinados en la ejecución de una obra determinada, se entenderán también celebrados a plazo. Al realizarse la parte de la obra que al trabajador le corresponde ejecutar, se tendrá por vencido dicho plazo.

En ese sentido nuestro código de trabajo regula en su Art. 126 estipula las principales formas de estipulación de salarios que son:

- a) **Por unidad de tiempo:** cuando el salario se paga ajustándolo a unidades de tiempo, sin consideración especial al resultado del trabajo;
- b) **Por unidad de obra:** cuando sólo se toma en cuenta la cantidad y calidad de obra o trabajo realizado, pagándose por piezas producidas o medidas o conjuntos determinados, independientemente del tiempo invertido;
- c) **Por sistema mixto:** cuando se paga de acuerdo con las unidades producidas o trabajo realizado durante la jornada de trabajo;
- d) **Por tarea:** cuando el trabajador se obliga a realizar una determinada cantidad de obra o trabajo en la

jornada u otro período de tiempo convenido, entendiéndose cumplida dicha jornada o período de tiempo, en cuanto se haya concluido el trabajo fijado en la tarea;

- e) **Por comisión:** cuando el trabajador recibe un porcentaje o cantidad convenida por cada una de las operaciones que realiza. Si la comisión resultante fuere inferior al salario mínimo establecido, deberá pagar el mínimo de ley.
- f) **A destajo, por ajuste o precio alzado:** cuando se pacta el salario en forma global, habida cuenta de la obra que ha de realizarse, sin consideración especial al tiempo que se emplee para ejecutarla y sin que las labores se sometan a jornadas u horarios.

DEL TRABAJO DE LOS APRENDICES

Es el convenio escrito en virtud del cual una persona, natural o jurídica, se obliga por sí o por tercero, a enseñar a otra persona natural, la práctica y preparación técnica de un oficio, arte u ocupación, y a pagarle una retribución

equitativa, que se regirá por las condiciones siguientes:

- a) Necesita de la aprobación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social e inscripción en el registro correspondiente.
- b) Los aprendices no podrán ser ocupados en labores incompatibles con su desarrollo físico.
- c) El régimen del seguro social es obligatorio.
- d) El Aprendiz tiene derecho a un salario mínimo, con las restricciones especiales del código.
- e) Tienen los mismos derechos sindicales que los demás trabajadores.

DEL TRABAJO A DOMICILIO

El contrato de trabajo a domicilio debe constar por escrito. Y se denomina así a los trabajadores que elaboran artículos en su hogar u otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éste y siempre que el patrono suministre las materias primas, en todo o en parte.

La venta de materiales que haga el patrono al trabajador con el objeto de que éste los transforme en artículos determinados y, a su vez, se los venda a aquél, o cualquier otro caso análogo de simulación, se considera contrato de trabajo a domicilio, además se regirá por las particularidades siguientes:

- a) Todo patrono que ocupe trabajadores a domicilio deberá inscribirse en el registro de la Dirección General de Inspección de Trabajo.
- b) Deberá llevar un libro autorizado por dicho Departamento.
- c) En ningún caso los salarios de los trabajadores a domicilio podrán ser inferiores a los que resulten de la aplicación de las reglas contenidas en el Art. 415.

DEL TRABAJO DOMESTICO

Trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.

La prestación esporádica de servicios de índole distinta a la expresada en el inciso anterior, no será suficiente para que el trabajador deje de ser considerado como doméstico.

No se consideran trabajadores del servicio doméstico y estarán sometidos a las normas generales del Código de Trabajo, los que se dediquen a esas labores en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables.

El contrato de trabajo para servicio doméstico puede celebrarse verbalmente y salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores del servicio doméstico comprende, además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación.

Este no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas, y las otras dos deberán destinarse para las comidas, y además de un día de descanso remunerado cada semana acumulable hasta el número de tres días.

El trabajador del servicio doméstico está obligado a prestar sus servicios en los días de asueto, siempre que así se lo pida el patrono. En tal caso tendrá derecho a un recargo del ciento por ciento en su salario diario por el trabajo realizado en esos días.

DEL TRABAJO AGROPECUARIO

El trabajo agropecuario es aquel que tiene lugar en el campo, en labores propias de la agricultura, la ganadería y demás íntimamente relacionadas con éstas.

Este puede celebrarse verbalmente, si así fuere, el patrono estará obligado a extender, cada quince días, a petición del trabajador, una constancia escrita en papel común y firmada por aquél en la cual se exprese: el nombre y apellido de ambos, el tiempo de servicios, el salario percibido en la última quincena y el lugar y fecha de expedición del documento. Los trabajadores del campo pueden ser permanentes o temporales.

Los trabajadores temporales no tienen derecho de estabilidad en el trabajo y, por consiguiente, cualquiera de las

partes podrá dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin responsabilidad para ninguna de ellas.

La iniciación, duración y terminación de la jornada ordinaria de trabajo podrá variar según la índole de las labores, necesidades o urgencias del trabajo, la época del año o cualquier otra causa justa; pero en ningún caso podrá exceder de ocho horas diarias ni la semana laboral de cuarenta y cuatro.

El patrono estará obligado a proporcionar gratuitamente una parcela al trabajador que habite permanentemente en la heredad, para que haga cultivos, críe aves de corral u otros animales domésticos para que contribuyan a la subsistencia de él y su familia.

EL TELETRABAJO

Esta forma de contratación es una forma especial de trabajo a domicilio. Sobre esta forma de contratación el convenio 177, de la Organización Internacional del Trabajo, ha determinado que trabajo a domicilio es aquel que un trabajador

realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello.

La OIT sostiene que la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados.

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de:

- a) El derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;
- b) A la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación;
- c) A la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; a la remuneración, al regímenes legales de seguridad social, al acceso a la formación y a la protección de la maternidad.

En nuestro país es una forma muy desprotegida, aplica generalmente para diseñadores gráficos y publicistas, conocidos como FREELANCER.

LA SUBCONTRATACIÓN Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES.

7Debemos hacer antes una distinción entre la subcontratación y la tercerización, la primera está diseñada para un propósito en particular y por lo general es para periodos determinados, como en los casos de la construcción donde las ventanas, puertas, pisos u otros semejantes, son sub contratados por proveedores especializados. Esta forma de contratación es mucho más limitada que la tercerización u Outsourcing, generalmente los trabajadores del proveedor siguen trabajando para este y no para el contratante.

En cambio la segunda, la tercerización es mucho mas permanente e implica desarrollar el día a día de las empresas, dentro del giro ordinario de estas.

⁷ Revista mercados & tendencias, Otto Stecher.

La empresa que busca servicios de tercerización, en un concepto teórico, busca un valor agregado en su proveedor, entre los cuales se encuentran la adquisición de servicios de temas desconocidos o especiales, tales como aspectos legales, regulatorios o industriales.

Si se terceriza, por ejemplo el procesamiento de reclutamiento de personal, se busca a una empresa especialista en la materia, dominio del área laboral y servicio de calidad, esto permitirá que la empresa se dedique a lo que es su especialidad.

La tercerización y la subcontratación no necesariamente implican reducir costos, pero en nuestro caso las empresas ven la misma como un ahorro en el pasivo laboral, así como la substitución de personal no deseado o sindicalizado en muchos casos, sin pagar indemnización o general un conflicto de índole sindical.

EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

Mariano salinas⁸, abogado de Madrid define el contrato de trabajo a tiempo

⁸ Mariano salinas, abogado. Socio-director de Salinas Porras Abogados.

parcial como “...aquel que se haya acordado con la empresa para prestar servicios durante un cierto número de horas al año, al mes, a la semana o al día con una duración total inferior a la que se presta en un contrato de trabajo a tiempo completo que sea comparable...”.

En el caso Salvadoreño, en una jornada diurna de 44 horas semanales, el contrato a tiempo parcial será aquel que supone jornadas de menos de 44 horas, es muy común encontrar empresas que contratan a medio tiempo, y por lo tanto el pasivo laboral del empleado se reduce a la mitad, indemnización, aguinaldo, vacaciones, seguro social y AFP, entre otros.

*En este tipo de contratos se ve afectada únicamente la **duración de la jornada de trabajo y pueden ser a plazo fijo o indefinido**, hay que tener mucho cuidado con este tipo de contrato cuando se pactan a plazo fijo, pues nuestra Sala de lo Constitucional, como la Sala de lo Civil, en material laboral, han determinado que cuando las tareas desarrolladas formen parte de las labores del giro ordinario de la empresa se consideraran los contratos celebrados por tiempo indefinido.*

Este tipo de contrato tiene las características siguientes:

- a) La jornada solo admite una única parada o interrupción.*
- b) Las horas extraordinarias están prohibidas.*

Los derechos de este tipo de trabajadores se rigen por el principio de igualdad a los trabajadores permanentes.