

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA EFICACIA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS
TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS *OUTSOURCER* EN
EL SALVADOR.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURIDICAS
PRESENTADO POR:**

**LESLY SUSANA ARDON BARAHONA (AB08033)
REBECA ESMERALDA ESCOBAR REYES (EE08002)**

**DOCENTE ASESOR:
DR. MATEO ÁLVAREZ GÚZMAN.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2016

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. JOSÉ LUIS ALBERTO MONGE
(PRESIDENTE)**

**LIC. MARVIN DE JESÚS COLORADO TORRES
(SECRETARIO)**

**DR. MATEO ÁLVAREZ GUZMÁN
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Maestro Roger Armando Arias
RECTOR**

**Ing. Carlos Armando Villalta Rodríguez
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO**

**Lic. Manuel de Jesús Joya
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Dra. Ana Leticia Zavaleta de Amaya
SECRETARIA GENERAL INTERINA**

**Licda. Nora Beatriz Meléndez
FISCAL GENERAL INTERINA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Lic. Miguel Ángel Paredes Bermúdez
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Lic. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Elsa Delmy Reyes de Escobar y Migue! Ángel Escobar Rivera, por sus consejos, sacrificios, apoyo, amor y amistad incondicional, en cada etapa de mi vida y por ser el mejor ejemplo a seguir, les expresé mi mayor gratitud y cariño, pues sin ustedes no hubiera podido alcanzar este logro ni los logros que he tenido anteriormente.

A mi compañera de tesis Susana, por su amistad, apoyo, entrega y sacrificio en la realización de este proyecto.

A mi asesora metodológica de tesis, Licenciada Digna Reina Contreras Hernández, por ser la única docente que realmente nos ayudó en toda la tesis y que sin ella no hubiera podido ser posible la aprobación de este trabajo de investigación, gracias por transmitir todo su conocimiento y apoyo.

A todos y cada uno de mis amigos por sus gestos y palabras de ánimo durante toda esta etapa y de modo especial a Efraín Campos por ser un apoyo incondicional en mi vida, gracias por ayudarme en este logro, porque sin tu ayuda no lo hubiera podido lograr.

Rebeca Esmeralda Escobar Reyes

AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien en innumerables ocasiones me ha demostrado su misericordia y amor. Sin él este logro no habría sido posible.

A mis padres, Josefina del Carmen Barahona y Samuel Alcides Ardón, cuyo amor, apoyo y entrega hacia mí, me dieron la fuerza para continuar en la carrera. Gracias por demostrarme que ser profesional es posible, si se confía en Dios y se es fiel a sí mismo.

A mi compañera de tesis Rebeca, por su amistad, apoyo, entrega y sacrificio en la realización de este proyecto.

A mis compañeros de trabajo, quienes siempre estuvieron en la disposición de ayudarme en todo este proceso, de manera especial al Despacho Navas y a mis nuevas compañeras de trabajo en LOTIVERSA, gracias por ayudarme a crecer profesionalmente.

A mi mejor Amiga Any, cuya partida al cielo me demostró que la adversidad se combate con amor y fé.

A mi asesora metodológica de tesis, Licenciada Digna Reina Contreras Hernández, por ser una guía en la carrera, sin ella no hubiera podido ser posible la aprobación de este trabajo de investigación, gracias por transmitir todo su conocimiento y apoyo.

A todos y cada uno de mis amigos por sus palabras de ánimo durante toda esta etapa y especialmente a mi mejor amigo y esposo William Alexandef Rivas Raymundo, sin su amor no hubiese sido posible culminar este proceso.

Lesly Susana Ardón Barahona.

ÍNDICE

RESUMEN.....	i
INTRODUCCION.....	iii
CAPITULO 1. LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, EN EL CONTEXTO DEL CAPITALISMO Y POSTULADOS NEOLIBERALES, A LO LARGO DE LA HISTORIA.....	1
1.1. Generalidades del modo de producción capitalista.....	1
1.2. Postulados del neoliberalismo.....	9
1.3. Influencia de la globalización en la economía.....	13
1.4. Generalidades de la Flexibilización laboral.....	18
1.5. El impacto de la flexibilización laboral en los países de América Latina.....	25
1.6. Nuevo contexto y modalidades de las relaciones laborales.....	28
CAPITULO 2. EL TRABAJO OUTSOURCING COMO PRODUCTO DE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL IMPLEMENTADA POR EL SISTEMA EMPRESARIAL.....	33
2.1. Generalidades del contrato Outsourcing.....	33
2.1.1. Antecedentes del contrato Outsourcing.....	33
2.1.2. Definición del contrato Outsourcing.....	35
2.1.3. Características del contrato Outsourcing.....	39

2.1.4. Sujetos del contrato Outsourcing.....	42
2.1.5. Objetivos del contrato Outsourcing.....	43
2.1.6. Derechos y obligaciones derivados del contrato Outsourcing...	44
2.1.6.1. Derechos de la empresa cliente.....	45
2.1.6.2. Obligaciones de la empresa cliente.....	47
2.1.6.3. Derechos de la empresa Outsourcer.....	48
2.1.6.4. Obligaciones de la Outsourcer.....	49
2.2. Conceptualización del trabajo Outsourcing.....	51
2.2.1. Antecedentes del trabajo Outsourcing.....	51
2.2.2 Características del trabajo Outsourcing.....	52
2.2.3. Clasificación del trabajo Outsourcing.....	54
2.3. El Trabajo Outsourcing de modalidad BPO como un beneficio para el sistema empresarial.....	56
2.4. Contexto histórico y jurídico del sector laboral Call Center.....	58
CAPITULO 3. INEFICACIA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS OUTSOURCER BAJO LA MODALIDAD BPO (CALL CENTER).....	66
3.1. Definición y regulación del contrato individual de trabajo.....	66
3.2. Elementos del contrato individual de trabajo.....	71
3.3. Características del contrato de trabajo.....	74

3.4. Sujetos del contrato individual de trabajo.....	77
3.5. Contenido del Contrato Individual de Trabajo.....	80
3.5.1. Derechos de los trabajadores.....	80
3.5.2. Obligaciones de la empresa Outsourcer y el Agente teleoperador..	86
3.5.3. Obligaciones de la empresa Cliente y el Agente Teleoperador....	94
3.6. Eficacia de los derechos laborales de los Agentes Teleoperadores contratados por los Centros de Llamadas (Call Center).....	96
CAPITULO 4. INTERMEDIACIÓN, SUBCONTRATACIÓN Y TRABAJO OUTSOURCING.....	99
4.1. Generalidades de la Intermediación laboral.....	..99
4.1.1. Marco Jurídico aplicable a la Intermediación laboral.....	102
4.2. Generalidades de la Subcontratación laboral.....	103
4.2.1. Marco jurídico aplicable a la subcontratación laboral.....	105
4.3. Diferenciación jurídica y teórica entre la figura de la intermediación, subcontratación y el trabajo Outsourcing.....	107
CAPÍTULO 5. EL TRABAJO OUTSOURCING EN EL DERECHO COMPARADO.....	111
5.1. Legislación nacional e internacional referente a la tercerización del empleo.....	111
5.2. Jurisprudencia en algunos países de América Latina.....	120
CAPITULO 6. ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS ESTADISTICOS.....	133

CAPITULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	145
7.1. Conclusiones.....	145
7.2. Recomendaciones.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	152
ANEXOS.....	166

RESUMEN.

El presente trabajo de grado, sobre la eficacia de los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer* en El Salvador, presenta inicialmente el panorama socioeconómico en que surge y se desarrolla la flexibilización laboral, siendo esta la antesala para nuevas modalidades de contratación laboral.

Una de estas nuevas modalidades de contratación es el trabajo *Outsourcing*, por lo que en el trabajo de investigación se lleva a cabo la descripción y el análisis mismo, por medio de la conceptualización del Trabajo *Outsourcing* de modalidad *Business Process Outsourcing*, que brindan servicios de *Call Center*.

Con el fin de determinar la eficacia de los derechos de trabajadores contratados por empresas que prestan servicios de *Call Center*, se hace un análisis de los derechos consagrados en la Ley Laboral y Constitucional, con relación a los agentes teleoperadores como sujetos de derechos, posteriormente se comprobará la ineficacia de la norma laboral por medio del análisis de interpretación de datos estadísticos. Se plasmará la diferencia doctrinaria y legal, existente entre la Intermediación, la Subcontratación y el Trabajo *Outsourcing*, identificando el marco jurídico que se les aplica y las principales características que las diferencian entre sí.

Con el análisis comparativo de las legislaciones de los principales países latinoamericanos que implementan el Trabajo *Outsourcing*, se muestra una tendencia de regular este tipo de contratación especial en materia laboral, inclusive de prohibirlas, por constituir una forma de precarización laboral, haciendo referencia a fallos y resoluciones emitidas por los diferentes Órganos

Jurisdiccionales de los países abordados en la investigación. Por medio del método hipotético deductivo y la utilización de la encuesta se determinó la ineficacia de los derechos laborales de los trabajadores llamados agentes teleoperadores frente a las prácticas flexibilizadoras de las empresas *Outsourcer* y las empresas clientes.

Seguidamente, se presentan las conclusiones a las que se llegó con la culminación del trabajo, resaltando como la principal que el tipo de trabajo *Outsourcing* desmejora los derechos laborales de este tipo de trabajadores, ya que en casi todos los casos son utilizados como mercancías; dificultan la acción colectiva de los mismos y las constantes variaciones en sus condiciones de trabajo vuelven al trabajador totalmente inestable, también se presentarán las recomendaciones para futuras investigaciones sobre la responsabilidad laboral tanto de las empresas *Outsourcer*, como de las empresas clientes.

Finalmente, se presenta la bibliografía utilizada en el trabajo de investigación y la encuesta como instrumento implementado para la recopilación de datos estadísticos, que permitió obtener la evidencia para comprobar las hipótesis inicialmente planteadas.

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación aborda la temática sobre la eficacia de los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*, que brindan servicios de *Call Center*. La eficacia jurídica en general, es el elemento que vincula el precepto lógico escrito a la realidad subyacente. Es decir, que la eficacia es la verdadera aplicación del contenido de la norma y su cumplimiento en la realidad.

En este trabajo de investigación, se aborda el supuesto de la no aplicación efectiva de la norma; es decir, la ineficacia de los derechos laborales fundamentales, contenidos en la Constitución, el Código de Trabajo, y el contrato individual de trabajo de un agente teleoperador. Para tal efecto, es necesario señalar que la problemática existente se formuló de la manera siguiente: *¿Cuál es la causa de la ineficacia de los derechos laborales, que les son atribuidos a los trabajadores contratados por empresas Outsourcer, en la modalidad de Subcontratación de Procesos de Negocios, en el municipio de San Salvador?*

La investigación de esta problemática, es importante, debido a que expone el peligro de que no exista una regulación específica sobre este tipo de trabajo, de Subcontratación de Procesos de Negocios, (Centros de Llamadas), debido a que da paso a la ineficacia en los derechos laborales de este tipo de trabajadores, es decir, que al no existir una ley especial que regule una nueva modalidad de contratación, se recurre a normas laborales generales existentes y aún éstas siendo incumplidas en un mercado laboral tercerizado, se determina que la norma es ineficaz. Esta investigación se realizó por el interés de profundizar e indagar sobre las violaciones a derechos laborales de las que son sujetos este tipo de trabajadores, esto debido a que no hay un estudio académico desde el punto de vista laboral, que explique y analice la

falta de regulación especial que debería tener el trabajo *Outsourcing*, específicamente el que desempeñan los agentes teleoperadores; es por ello, que al abordar el tema del trabajo tercerizado, esta investigación es novedosa ya que no hace referencia a las formas de contratación laboral ya reguladas.

De este modo, en el capítulo uno, se desarrolla el fenómeno de la Flexibilización laboral que se realiza en un modelo económico neoliberalista y que propicia el panorama adecuado para las prácticas tercerizadoras.

En el capítulo dos, se explicará una de esas prácticas tercerizadoras, conocida como el trabajo *Outsourcing*, en donde se abordará la concepción mercantil del contrato *Outsourcing* y las implicaciones laborales de éste.

En el capítulo tres, se denomina lo que comprende el contrato individual del trabajo de los trabajadores contratados por empresas *Outsorucer*, además de establecer que no existe eficacia jurídica para los agentes teleoperadores, por no existir una regulación específica para el trabajo *Outsourcing*.

Posteriormente, en el capítulo cuatro, se expondrán las diferencias entre los tipos de tercerización como la subcontratación, intermediación y trabajo *Outsourcing*.

Por último, en el capítulo cinco, se hará una recopilación de normativa y jurisprudencia de algunos países de América Latina, con el fin de llevar a cabo un análisis comparativo con la legislación salvadoreña, esto con el objetivo de esclarecer que en nuestro país hay un mayor nivel de indefensión para los agentes teleoperadores, debido a que no hay legislación laboral salvadoreña que garantice la protección de derechos laborales de los agentes teleoperadores.

ABREVIATURAS

Et. al.....Autores Varios.
AA.VV..... Autores Varios.
Ibíd.....Ibídem.
Ob. Cit.....Obra Citada.

SIGLAS

BPO..... *Business Process Outsourcing*.
ISACC.....Instituto Sindical para América Central y el Caribe.
OIT.....Organización Internacional del Trabajo.
PTU.....Participación de los trabajadores en utilidades.
CT.....Código de Trabajo.
CSJ.....Corte Suprema de Justicia.
IED.....Inversión Extranjera Directa.
CST.....Código Sustantivo de Trabajo

CAPITULO I. LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL, EN EL CONTEXTO DEL CAPITALISMO Y POSTULADOS NEOLIBERALES, A LO LARGO DE LA HISTORIA.

En este capítulo se desarrolla a la flexibilización laboral como el fenómeno que se desarrolla en un contexto económico, representado por el capitalismo, pasando por varias etapas y crisis históricas, así mismo este modo de producción, al ser renovado por pensamientos económicos neoliberales a lo largo de la historia, se sentarán las bases históricas para el desarrollo de la temática en estudio.

1.1. Generalidades del modo de producción capitalista.

Las estructuras sociales, jurídicas y económicas de un país, responden al modo de producción, adoptado por el mismo y siendo la Flexibilización laboral parte de éste, no debe verse ni analizarse aisladamente de dicho modo de producción implementado en una sociedad. En ese sentido, hay que tener claro, qué se entiende por modo de producción, pero para poder saber esto, es necesario conocer ciertos elementos que lo componen, los cuales son: *los medios de producción, la fuerza de trabajo y las relaciones de producción*¹.

La dinámica de estos tres elementos se da a partir de la energía humana, física y mental, empleada en un proceso de producción de bienes y servicios, por medio de instrumentos de trabajo, en donde existe una vinculación entre los dueños de los medios de producción y el proletariado, en la cual los primeros se apropian de los productos hechos por los segundos, a cambio de

¹ Cesar Sención Villalona, *¿Qué es el capitalismo?*, 2ª ed. (San Salvador: Asociación Equipo Maíz, 2005), 14-18.

una retribución salarial y de esta forma los dueños de los medios de producción venden y se quedan con una cantidad de dinero mayor a la invertida en salarios e instrumentos de trabajo y es esta cantidad de dinero, la que se conoce como ganancia en el paradigma marxista.

De esta explicación, se puede definir a los modos de producción como la forma en que los hombres se organizan para producir, distribuir y consumir los bienes que satisfacen sus necesidades (la economía de un país)². En ese sentido, en este capítulo, se abordará el modo de producción capitalista, debido a que es en este sistema económico en donde se desarrolla el fenómeno de la flexibilización laboral, que trae como consecuencia nuevas relaciones de trabajo, a la vez que es adoptado en la mayoría de países en el mundo incluyendo El Salvador.

Ahora bien, el concepto de capitalismo viene de la palabra capital. Para Carl Marx³, dicho término hace referencia al trabajo acumulado, el cual se refiere al trabajo muerto que son los medios de producción y al trabajo vivo que se reduce a la fuerza de trabajo. Se puede decir que el capital, consiste en todos los medios de producción del burgués y la fuerza de trabajo que éste contrata para tener cada vez mayores ganancias, las cuales no son generadas por los medios de producción, sino por el proletariado.⁴ Este modo de producción se caracteriza por:⁵ Propiedad privada; Burguesía y proletariado; Plusvalía; Mercancías; Ganancias; Anarquía de la producción; La inflación y el desempleo. La contradicción principal del capitalismo: se traduce en que los capitales de los capitalistas se hacen cada día más

² J. Silvestre Méndez, *Fundamentos de Economía*, (México: Mc. Graw-Hill Editores, 1996), 34.

³ Carlos Marx y Federico Engels, *El Capital visto por su autor*, 2ª ed., (México: Grijalbo-S.A, 1970), 60.

⁴ Sención, *¿Qué es el capitalismo?*, 45.

⁵ Silvestre, *Fundamentos de Economía*, 45.

gigantescos, el salario del trabajo vivo se reduce cada vez más, y la masa de los obreros, que viven exclusivamente de un salario, se hace cada vez más numerosa y más pobre ¿Cómo se resuelve esa contradicción? Marx⁶ parte del hecho sencillo y notorio de que los capitalistas valorizan su capital por medio del cambio, comprando mercancías con su dinero para venderlas después por más de lo que les costaron.

De esta manera, se puede definir al modo de producción capitalista como una forma de organización económica de una sociedad, en donde la propiedad de los medios de producción corresponde a un conjunto de individuos denominados burgueses, mientras que otros sujetos realizan un trabajo libre, utilizando estos medios de producción, para producir bienes y servicios destinados a dichos burgueses a cambio de una retribución salarial, con el objeto de obtener una ganancia mayor en lo invertido, conocido como plusvalía. En otras palabras, el capitalismo es la última formación económico social, basada en la propiedad privada y en la explotación del hombre por el hombre.⁷

Por otra parte, el capitalismo posee diferentes fases o etapas históricas, en las que se ha venido desarrollando⁸, las cuales son: Pre monopolista o de libre competencia que abarca del siglo XVI al último tercio del siglo XIX: En este periodo predominan las sociedades anónimas como forma de organización capitalista, es así que el capital se concentra y acumula en pocas manos, llegando incluso hasta la fusión de empresas que no podían mantenerse en la competencia, de esta manera las sociedades fueron

⁶ Marx y Engels, *El Capital*, 60.

⁷ Diccionario de Economía Política, s.v. "El Capitalismo", acceso el día 20 de julio de 2014, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/m/modo.htm>.

⁸ Silvestre, *Fundamentos de Economía*, 43.

creciendo al igual que los capitales formando grandes corporaciones con gran capital que era manejado por unos cuantos capitalistas.

Imperialista o monopolista: que abarca del último tercio del siglo XIX hasta nuestros días: en esta fase los monopolios dominan la vida económica, con lo cual se incrementan notablemente la concentración del capital y el dominio de las fuentes de materias primas, por lo que el imperialismo se define como el capitalismo en la fase de desarrollo, en la cual ha tomado cuerpo la dominación de los monopolios y del capital financiero.

Estas etapas son acorde a niveles internacionales; sin embargo no hay que dejar de lado las etapas del capitalismo en El Salvador, es en ese sentido, que se puede afirmar, que el avance del capitalismo a nivel mundial ha jugado un papel sobredeterminante, así como en todo el proceso de desarrollo de las fuerzas productivas experimentado por El Salvador.⁹

La economía salvadoreña desde muy temprano, se enmarca en la división internacional del trabajo, en su papel productor de materias primas como el café, entre otros; todo este trabajo productor, fue condicionado desde sus inicios, en el modo de acumulación de capital y los desplazamientos en los países ejes del sistema, en donde se adopta el desarrollo del capitalismo a nivel mundial. Existiendo en una relación económica salvadoreña, tres grandes periodos:¹⁰ Uno que se extiende desde dos décadas antes de la independencia (1821) hasta la década del ochenta del siglo XIX, aproximadamente. En este período, inicialmente Inglaterra y posteriormente en 1814, los demás países europeos como Alemania, Francia e Italia,

⁹ Rafael Menjivar L., *Acumulación originaria y desarrollo del capitalismo en El Salvador*, (Costa Rica: Editorial Universitaria Centro América-EDUCA), 25.

¹⁰ *Ibíd.* 25.

establecen relaciones económicas y mercantiles, cuyo resultado sería la modificación o “recreación”, de las relaciones de producción, se habla entonces de la expansión y fortalecimiento de las relaciones mercantiles, no dejando de lado que dichos países tenían como problema central la realización de la plusvalía en dichas relaciones de producción.

Esta expansión comprende, a la alianza realizada por Inglaterra con España, obligada a su realización por el cierre de los mercados de Europa Continental y a la firma de los acuerdos de paz en 1814, en donde se suman los demás países europeos en la denominada expansión de relaciones mercantiles. Como consecuencia de dicha declaratoria de independencia se impulsó la expansión del libre comercio. Por lo que resultaría a nivel regional latinoamericano dos innovaciones:

1. La expansión del consumo de productos industriales importados, veloz al principio (primera mitad del siglo XIX) y luego más lenta y que dejaría los crónicos problemas de balanza de pagos. Y
2. La rápida liquidación del limitado dinero acumulado en Hispanoamérica hasta 1810.

En ese sentido, es en este período, en que la economía salvadoreña se integra a la división internacional del trabajo, subordinándose a las necesidades de reproducción ampliada del capitalismo, por lo que El Salvador, al no poseer algún tipo de industria, estaba obligado a pedir al extranjero, principalmente a Inglaterra, todo aquello de lo que tiene necesidad en algodón y lana manufacturada, calzado, sombreros, perfumería, mercería o baratijas, etc., trayendo como consecuencia, exhibir productos surtidos en un cincuenta por ciento por Inglaterra y el resto por países orientales, por la vía del Océano Pacífico.

Este fenómeno estaba determinado mayormente por la liberación de la política comercial y sus efectos sobre los precios. Por otro lado, para lograr el objetivo de los países capitalistas con su expansión, requería profundizar y ampliar las relaciones mercantiles en El Salvador, mediante la utilización de una serie de mecanismos usados en toda la región, refiriéndose entonces al uso del dinero en una estructura comercial, iniciando su aplicación primero dentro de la Federación Centroamericana y luego como país independiente.

Como segunda fase, se extiende aproximadamente, desde la década de los ochenta del siglo XIX hasta finales de la década del treinta del siglo XX. En dicho momento, el problema esencial de las economías capitalistas pasa a ser la acumulación de capital. Ya en la primera década del siglo XX, se nota un período de transición, en el cual Inglaterra está sufriendo un desplazamiento de otros países como Alemania y Francia, junto con el ascenso de la dominación de los Estados Unidos de Norteamérica.

Una vez estructurada su propia matriz, se consolidaría su dominación durante el período de 1929 a 1946. Para el caso salvadoreño, no se da un cambio en el modelo de acumulación económica interna, sino que se determinaría el aceleramiento de las condiciones necesarias para el surgimiento e impulso de relaciones capitalistas de producción. Es decir, que el fenómeno de la exportación de capitales y la consecuente descomposición de las antiguas relaciones sociales frente al avance de las relaciones capitalistas, se presenta en El Salvador en la década del ochenta del siglo antepasado, concretamente en 1888. Por lo que al igual que otros países latinoamericanos capitalistas, ante el desplazamiento del problema de la realización de la plusvalía al de acumulación de capital, El Salvador deja de ser sólo un área de venta, para convertirse en zona de inversión de capital. Por otro lado, el dominio o monopolio de la exportación de capital, en el caso

salvadoreño, correspondió a Inglaterra hasta 1908, ya que es en ese año donde Estados Unidos haría su primera exportación.

Una tercera fase, que comprendería desde 1946 hasta la fecha: en esta etapa se puede unir a la vez dos fases propias del desarrollo de los Estados Unidos como eje del sistema imperialista, las cuales son:

1. La consolidación y hegemonía de su dominación, hasta aproximadamente 1961. Y
2. La internacionalización del capitalismo en la estructura de las empresas transnacionales a partir de tal año: aquí es para el caso salvadoreño, donde cobra toda su connotación el dominio económico extranjero con el proceso de industrialización “tardío”, con todas las implicaciones que ello tiene.

Si bien es cierto, que el modo de producción capitalista ha tenido sus etapas históricas en las que ha tenido su relativa estabilidad como modo de producción en los diferentes países del mundo, así como su época de oro; no puede dejarse de lado las crisis de la que ha sido objeto dicho sistema económico en el mundo. En ese sentido, se pueden postular tres crisis significativas del modo de producción capitalista, las cuales son¹¹: La primera crisis general de valorización, la cual se resolvió mediante la subsunción real del trabajo directo: Después de tres siglos de crecimiento extensivo, debido a la jornada laboral extensiva y el aumento de trabajadores explotados, el capital entró en una primera crisis general de valorización a mediados del siglo XVIII, esto debido a que el trabajo inmediato o directo, no estaba adecuado al capital de esa época, y por consiguiente no había un crecimiento de las fuerzas productivas (trabajadores), esto a consecuencia

¹¹ Henry Mora Jiménez, “Una reflexión sobre la naturaleza de la actual crisis global y los límites del capitalismo”, *ECA-Estudios Centroamericanos*, n. 729 (2012): 192-194.

de que los medios técnicos que eran utilizados en ese entonces, no eran de la propia creación del capitalismo, generando una crisis en la acumulación de capital. Dicha crisis fue resuelta por la subsunción real del trabajo directo mediante la llegada de la Revolución Industrial. La segunda crisis general de valorización, la cual se resolvió mediante la subsunción formal del trabajo conceptual: se refiere a que el capitalismo necesitaba la realización de la acumulación de capital para poder subsistir, siendo así que la sola subsunción del trabajo directo no era suficiente para lograr esta acumulación sino que también se debía subsumir al trabajo conceptual, debido a que el capital no debía subsumir a trabajadores sino que al trabajo en sí.

En ese sentido, el capitalismo maduro alcanza su cenit a finales del siglo XIX, desde entonces, la organización y explotación del trabajo conceptual pasa a ser prioritario. Sin embargo, el capital primero subsume al trabajo conceptual formalmente, por lo que se hace alusión a la revolución organizativa de finales del siglo XIX. La actual crisis general de valorización: se conjuga con una crisis civilizatoria que el propio capital ha creado, por lo que se pone en jaque no solo el sistema económico, sino también al sistema de vida.

De acuerdo a lo anterior, se puede afirmar que es de las crisis del capitalismo mundial, en especial, la crisis de los años setentas de siglo pasado, que parten los neoliberales para difundir sus ideas económicas, que se habían venido elaborando con anticipación desde el fin de la segunda guerra mundial, frente al avance del socialismo que se fundamentaba en la planificación económica por parte del Estado socialista.¹²

¹² Alma Yanira Iraheta y Gilda Xiomara Soriano, "El neoliberalismo económico y su aplicación al proceso de privatización de las telecomunicaciones en El Salvador" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1999), 8.

1.2. Postulados del neoliberalismo.

Con el objetivo de comprender los planteamientos de la teoría neoliberal, es necesario entender su rol al interior del sistema capitalista, es decir, que debe visualizarse como una corriente del pensamiento económico que explica dicho modelo, para la consiguiente subsistencia del mismo en la historia. La génesis del neoliberalismo, es el periodo de la historia del capitalismo que se origina como consecuencia de la crisis estructural de la década de los setenta y que se prolonga durante las décadas siguientes hasta la crisis estructural de finales del decenio 2000-2010.¹³ Ahora bien, no hay que dejar de lado que el neoliberalismo, proviene de otro pensamiento económico clásico, como lo es el liberalismo de principios del siglo XIX.

Es decir, que este es un pensamiento que resalta la libertad individual en todos los sentidos, como la libertad de comercio y derecho de propiedad privada, en donde no existe la intervención del Estado en la Economía.¹⁴ Por otro lado, comprende postulados de la teoría económica neoclásica, teoría que surge en la segunda mitad del siglo XIX, derivando de sus concepciones teóricas expresadas por los clásicos, en donde se destacan las teorías de la formación de los precios (oferta y demanda) y el valor basado en utilidad y escasez.¹⁵ Es decir, que el neoliberalismo no es más que una revisión o replanteamiento del liberalismo, por ello el prefijo neo que significa revisión o reformulación.

Así mismo retoma ideas de los neoclásicos, es decir, sus ideas no comprenden restricciones financieras, laborales, tecnológicas o

¹³ Sergio Cámara Izquierdo, "Génesis, naturaleza y crisis del capitalismo neoliberal: una perspectiva estructural", *ECA-Estudios Centroamericanos*, n. 729 (2012): 195.

¹⁴ *Ibíd.* 13.

¹⁵ Silvestre, *Fundamentos de Economía*, 65.

administrativas. Por lo que se puede afirmar, que el neoliberalismo mantiene un hilo conductor con el liberalismo clásico decimonónico y el neoclasicismo; sin embargo, dicho neoliberalismo, además de ser una corriente del pensamiento económico, es una respuesta a circunstancias concretas al interior del capitalismo, producidas por la disputa por la regulación entre la planificación y el libre mercado surgida a inicios del siglo XX y que cobran fuerza luego de la crisis de 1929 a 1932¹⁶.

Por tal razón, para superar las crisis que tuvieron los países capitalistas como consecuencia de la primera guerra mundial, y la recesión económica de 1929-1930, surgió la llamada revolución keynesiana, con la cual se creó un capitalismo reformado, encontrando seguidores intelectuales, políticos y empresarios, quienes se dieron la tarea de implementar dichas medidas, dando origen a una serie de conceptos que terminaron por dar un perfil propio a los modelos de bienestar.

La teoría keynesiana es una teoría macroeconómica, que refuta al liberalismo, ya que apoya la intervención del Estado en la Economía para impulsar la inversión; en donde el volumen de dicha inversión y el consumo permanente, determinan el volumen del empleo, por lo que el dinero juega un papel determinante para lograr cierto nivel del mismo; y sobre todo la teoría keynesiana se enfoca en una economía de equilibrio cambiante a diferencia de los neoclásicos y los neoliberales, que postulan una teoría económica estática.¹⁷ En este contexto económico, dentro del pensamiento neoliberal se empezó a realizar una planificación, que no es más que una idea que se creó para la subsistencia del sistema capitalista, es decir, que la idea de

¹⁶ Pablo Dávalos, *Neoliberalismo político y Estado social de Derecho* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador-PUCE), acceso el día 19 de julio de 2014, <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho>.

¹⁷ Silvestre, *Fundamentos de Economía*, 69.

planificación iba encaminado a desarrollar lineamientos para despojar al Estado de bienestar, postulado por el argumento keynesiano que convertía a los mercados en mecanismos complementarios a la acción estatal y al mismo tiempo tenían que buscar la forma por la cual restaurar la noción básica de los mercados auto reguladores; y por otro lado dismantelar la planificación socialista soviética.

En ese sentido, el neoliberalismo y por consiguiente su planificación, tenían como tarea prioritaria rescatar al mercado de las manos del Estado, para lo cual sus principales exponentes, Milton Friedman y F. Von Hayek, basándose en algunos de los supuestos del liberalismo económico clásico, específicamente en Adam Smith, desarrollaron los lineamientos para despojar al Estado de bienestar, formulando para ello un programa de reformas económicas que se convirtieron en políticas, tanto de los gobiernos llamados neoliberales (una de su mejores expresiones fue el formado por Margaret Thatcher en Inglaterra) como de los organismos internacionales como: Banco Mundial (BM) y Fondo Monetario Internacional, cuyo propósito era y continúa siendo fomentar la implementación de economías de mercados fuertes y competitivas en el marco de la globalización.¹⁸

En ese orden de ideas, con el fin de mejorar y aprovechar las oportunidades que se presentaban con la nueva crisis del capitalismo mundial de los setentas, generada por la caída de la productividad y agravada por el alza de los precios del petróleo en 1973 y 1979, se inicia una nueva corriente llamada neoliberal para difundir las ideas económicas que se habían venido elaborando desde el fin de la segunda guerra mundial. Surge la interrogante ¿Qué es el neoliberalismo? se puede afirmar que no es un modelo

¹⁸ Iraheta y Soriano, El neoliberalismo económico, 14.

económico, como muchos afirman, sino que es una doctrina económica, política o social.¹⁹ En otras palabras, desde un punto de vista económico y jurídico, se puede definirlo como una corriente del pensamiento económico, que intenta reestructurar el modelo económico capitalista, con ideas caracterizadas en la libertad e individualismo empresarial, reflejadas en limitar la intervención estatal en el crecimiento económico de un país, con el fin de mantener mecanismos que lo desarrollen, como el libre mercado, en donde dicha práctica, se encuentra regulada por normas jurídicas.

Se debe considerar que la eficiencia, en este caso, se entiende como el producir lo más valorado por la sociedad, utilizando los recursos mínimos.²⁰ En ese sentido lo más valorado por la sociedad es el bienestar económico que solo puede ser garantizado si el Estado no interviene en el mercado, actuando como un mero normador de una libre competencia en el mismo. Estas formas de pensamiento sostienen que la eficiencia no es el resultado de la competencia perfecta²¹, sino de mercados abiertos a ella, sin que la intervención estatal pueda obstaculizarlos.

Cabe destacar que las ideas centrales de la visión neoliberal sobre la competencia están incluidas en la denominada teoría de los mercados contestables (contestable markets)²², la cual se refiere a que en el mercado abierto a la competencia, la cantidad de empresas es irrelevante, incluso un número grande de oferentes como los monopolios carecen de importancia. Por lo que hay que tomar en cuenta, que las empresas que conforman el mercado no son necesariamente, las que aceptan los precios sino las que

¹⁹ *Ibíd.* 14.

²⁰ Xiomara Hernández, "Análisis de la coyuntura económica del primer semestre de 2005", *ECA- Estudios Centroamericanos*, n. 683 (2005): 754.

²¹ *Ibíd.* 755-756.

²² *Ibíd.* 755-756

cuentan con algún nivel de poder como para fijar su propio precio, el cual puede ser distinto al vigente en el momento de ingresar. Entonces la idea básica es que las empresas que tienen una posición dominante en el mercado, mantengan sus precios cerca del nivel competitivo, debido a la amenaza que representan las nuevas empresas competidoras. Ya que la sola entrada de éstas al mercado, trae como consecuencia una reducción de los precios, propiciando el retiro de las mismas y de esta manera los monopolios o las empresas consolidadas garantizarán un precio sostenible.

Es decir, que los monopolios no darán oportunidad a una nueva empresa para entrar al mercado de forma rentable. Basándose en los anteriores postulados se formularon una serie de medidas, las cuales son:²³ A) Medidas para hacer más pequeño y eficiente el Estado: Lo que se produce es una reducción estatal, en donde se sostiene la existencia de un mercado altamente competitivo, en el cual la economía se autorregula por los individuos en la búsqueda de sus propios fines; B) Eliminación de Aranceles a las importaciones: exponiendo como necesaria la apertura sin restricciones de las fronteras para las mercancías, capitales y flujos financieros. De acuerdo a lo anterior, las ideas centrales de la visión neoliberal, reformaron la estructura tradicional del mercado en todo el mundo, potenciando el fenómeno de la globalización.

1.3. Influencia de la globalización en la economía.

La Globalización se inició con la colonización y posteriormente con la generalización de la Revolución Industrial y la expansión colonial del siglo XIX, generando así una nueva política y creando un nuevo sistema con las

²³ Iraheta y Soriano, El neoliberalismo económico, 17.

estrategias de globalización a partir de los años setenta del siglo XX con la integración en el mercado mundial de América.²⁴ Este proceso siempre ha tenido como fin la conquista de mercados mundiales, que trasciendan las economías nacionales. Esto lleva a una competencia donde lo único que importa es lograr la mejor calidad de producción para alcanzar más mercados, aunque eso signifique el detrimento de la calidad de vida de los seres humanos.

De esta manera se puede definir a la Globalización como: El proceso político, económico, social, cultural y ecológico que está teniendo lugar actualmente a nivel mundial, trayendo como consecuencia una mayor interrelación económica entre los diferentes países, por más alejados que estén, siempre bajo el control de las grandes empresas multinacionales.²⁵ En ese sentido, el Banco Mundial, al realizar ciertas observaciones a la Globalización, determinó que para hablar de la misma, resulta crucial conocer las distintas formas que ésta adopta, las cuales son:²⁶

Comercio internacional: Este doble concepto, se refiere a que una parte cada vez mayor de los gastos dedicados a bienes y servicios se consagra a importaciones de otros países, y una porción creciente de la producción de los países se vende a extranjeros en calidad de exportación. Inversión Extranjera Directa (IED): En el último decenio han ido aumentando gradualmente las inversiones que empresas radicadas en un país, hacen para establecerse y operar negocios en otros países. En las últimas dos décadas, con el aumento en la apertura de mercados, los flujos globales de

²⁴ María Gutiérrez, "Globalización y sistema capitalista" (tesis de grado, Universidad Alejandro de Humboldt, 2008), 44.

²⁵ Raysa Fuentes de Arma, et. al., *La globalización neoliberal y su impacto en la cultura*, (Mexico: Universidad Autónoma de México, 2008), 115.

²⁶ Banco Mundial, "¿Qué es la globalización?", Acceso el 11 de agosto de 2014, <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>.

inversión extranjera directa se han duplicado con creces respecto del producto interno bruto; y Flujos del mercado de capitales: En el transcurso del pasado decenio, los ahorristas de muchos países desarrollados han diversificado cada vez más sus carteras con activos financieros extranjeros (bonos, acciones y préstamos del exterior), mientras que los prestatarios buscan progresivamente fuentes de financiamiento foráneas, además de las nacionales. Se puede afirmar que, la nueva estrategia de acumulación de capital a escala mundial conocida como “globalización” posee una dinámica de creación y apropiación de la riqueza social, la cual tiene ciertos pasos a seguir, los cuales son: ²⁷

1. De la apropiación de los recursos de la litosfera (recursos del suelo y el subsuelo), continúa a la apropiación de la biosfera;
2. De las empresas de compraventa mundial pasa a las empresas de producción mundial;
3. De la propiedad del conocimiento (propiedad intelectual) y
4. De la explotación del trabajo (que extiende su precarización) pasa a la explotación del capital humano.

Al estar la globalización impregnada de políticas neoliberales, busca imponerse a nivel mundial en cada uno de los países, sin importar las diferencias entre los mismos; por lo que se pretende que al implementarse en el sistema jurídico, económico y social de un país; éste se vea disminuido en su identidad histórica y cultural frente a otro; siendo el libre mercado el fin principal de la globalización, lo cual se traduce en que si un país no adopta postulados neoliberalistas, se queda fuera de la globalización. En la etapa actual del capitalismo, el neoliberalismo, trastoca los derechos de los ciudadanos a nivel global, entre ellos los laborales, al normar desde una

²⁷ Mora, La actual crisis global, 190-191.

posición economicista los lineamientos relacionados con el mercado de trabajo. El argumento planteado, es contra las protecciones y beneficios del trabajador, aspectos considerados rígidos y con un alto costo para las empresas, por cuanto disminuye la producción, así como el posicionamiento de las empresas en los mercados nacionales e internacionales.²⁸

Es importante resaltar que América Latina se ha vuelto un blanco susceptible de conversión a políticas neoliberales, puesto que con la idea de crecimiento económico, Estados Unidos, introduce nuevos conceptos como áreas de libre comercio en las Américas, con las cuales se buscaba lograr el crecimiento económico del hemisferio y la integración regional, todo esto a través de los tratados de libre comercio.

Gustavo Adolfo Vargas, define a la liberalización económica como la política encaminada a favorecer los intercambios comerciales abiertos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En lo interno significa exonerar los productos y servicios de todo control de precios o restricción, de modo que ellos queden solamente sometidos al supuesto efecto de la oferta y la demanda de un pretendido mercado libre. En lo internacional, es la apertura de la economía en su conjunto, tanto para los fines de la inversión extranjera como del comercio exterior.²⁹ En El Salvador, la liberación económica, se implementó más tarde, durante los años setenta y ochenta, la política económica siguió apoyándose en el Modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones (MISI), el cual ocasionó una crisis económica que se agudizó a partir de 1980 y se profundizó con el conflicto armado, pero

²⁸ Carmen Añez Hernández, "Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América Latina", *Revista Multiciencias*, n. 2 (2009): 196, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90411687011>.

²⁹ Gustavo Adolfo Vargas, *El neoliberalismo y la liberación económica*, (s.l.. 2000), <http://archivo.elnuevodiario.com.ni/2000/julio/21-julio-2000/opinion/opinion5.html>

más que todo esta crisis se intensificó, porque este modelo Industrial era muy proteccionista.³⁰ Este modelo, que fue aplicado junto a un proceso de integración económica que involucró a los otros países centroamericanos, produjo hasta finales de los años setenta resultados bastante satisfactorios: el país estuvo creciendo a una tasa promedio anual de más de 5% dentro de un ambiente de estabilidad macroeconómica: se incrementó de manera notoria el comercio con los otros países de la región; y surgieron nuevas empresas especializadas en el abastecimiento del mercado regional que posteriormente adquirieron capacidad para comenzar a exportar a mercados extra regionales.³¹

En el año 1989, El Salvador comienza a ser dirigido por un gobierno con una ideología neoliberal que marcó los cambios necesarios para la inserción del país en el proceso globalizador. El plan de gobierno de Alfredo Cristiani (Presidente de El Salvador en esa época), en el área de economía tenía dos momentos, uno de corto plazo (políticas de estabilización) y uno de largo plazo (políticas de Ajuste Estructural). Estos Programas de Ajuste Estructural se comenzaron a impulsar en 1989, los cuales colaboraron para la implementación de la globalización.³²

Los programas de equilibrio y ajuste estructural aplicados en El Salvador han estado enmarcados dentro de un sistema neoliberal y que se ha fundamentado básicamente en la reducción del gasto público, la redefinición de la función del Estado, la apertura hacia fuera y la liberalización; esta última ha tenido matices de todo tipo, ya que si bien es cierto estaba referida

³⁰ *Ibíd.* 27.

³¹ *Ibíd.* 25-26.

³² Ernesto Galdámez, "El programa de ajuste estructural en El Salvador: algunos indicadores de sus resultados económicos", *Revista Realidad*, n. 32 (1993): 118, <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/?pag=revista&idrevista=96>.

a una liberación económica, ésta debía tener las condiciones sociales adecuadas para darse y una de estas condiciones era el llamado “gasto social” Lo anterior se traduce, en que para la existencia de una verdadera liberación económica-comercial en El Salvador y que este pudiese entrar en el mundo de la globalización, los costos sociales laborales debían ser mínimos, para lo cual se debía buscar que la legislación laboral vigente no fuese tan rígida, todo esto propició la llegada de la Flexibilización Laboral.

1.4. Generalidades de la Flexibilización laboral.

El punto de partida en cuanto al tema de la flexibilización se remite a la crisis de las concepciones estatales de bienestar, las cuales provenían de un intervencionismo del Estado que procura todo lo indispensable para la realización del individuo, tal como se planteó en el keynesianismo. Dichas concepciones han venido siendo reemplazadas por concepciones económicas neoliberales y neo institucionales que apuntan hacia el no intervencionismo del Estado en las relaciones comerciales y de producción, las cuales deben regirse por la libre fluctuación de la oferta y la demanda, así como en las relaciones laborales que deben seguir el mismo proceso de flexibilización a través de la desregulación del Derecho del Trabajo.³³

La Flexibilización laboral ha tenido sus orígenes en Europa en los años 70 con la caída de los modelos de producción tradicionales como el Fordista-Taylorista³⁴, que no es más que un tipo de capitalismo adaptado a la época de la industrialización, que se basa en la elaboración de productos en serie con una asignación de tareas específicas a los trabajadores. El modo de

³³ Eraclio Arenas Gallego et. al., “Flexibilización y Derecho del trabajo”, *Revista Opinión Jurídica*, n. 9 (2006):165, <http://www.redalyc.org/pdf/945/94550909.pdf>.

³⁴ Daniel Echaiz Moreno “El contrato de Outsourcing”, *Revista Opinión Jurídica*, n. 122 (2008):140, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712207>.

producción Fordista-Taylorista, al ser demasiado rígido en su manera de producir, debido a la división social y técnica del trabajo³⁵, generó que este modo de producción, fuese incompatible con las nuevas modalidades de competencia, que se iban generando en la historia.

Es decir, que el Fordismo-Taylorismo, al ser un sistema de producción en masas para las masas, caracterizado por organizar el proceso de trabajo a partir de la fragmentación de tareas, utilización del recurso de maquinaria solo para fabricar un tipo de pieza y líneas de montaje y permitir una producción estandarizada y en serie del mismo producto, conllevaba a que los puestos de trabajo de esa época tuvieran poca calificación para realizarlos, poca creatividad y autonomía para producir un producto. Sin embargo, era necesaria la intervención de sindicatos y negociaciones colectivas, para la protección de los derechos laborales de esos trabajadores.

Ahora bien, las nuevas modalidades de competencia que forman parte de las transformaciones en el mundo de las empresas, constituyen la fase post-fordista³⁶, a través de la automatización y la cibernética, que produjo una enorme riqueza material, y una profunda modificación en la composición de las clases sociales: disminución en la cantidad de obreros agrícolas e industriales, aumento de profesionales liberales, técnicos, científicos y empleados. De esta manera, se produce una modificación en la organización del trabajo, donde se puede hablar entonces de post-fordismo, como la forma de organización laboral que no supone ya la existencia de cadenas productivas o líneas de montaje, sino la flexibilidad de los trabajadores para

³⁵ María Candelaria Gonzales, "Flexibilización de las relaciones laborales, una perspectiva teórica postfordista", *Revista la gaceta laboral*, n. 1 (2006): 23, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-85972006000100003&script=sci_arttext.

³⁶ *Ibíd.* 23.

ocupar puestos laborales similares en mundos menos estables y más precarios. Esta nueva organización requiere de un nuevo elemento, el cual es el desarrollo de nuevas tecnologías. En ese sentido, se han configurado cambios fundamentales en la organización del trabajo mundial privado y público debido a la integración global, la necesidad de captar nuevos mercados y los avances tecnológicos, todo esto muy propio de la Flexibilidad Laboral.

Ahora bien, ¿cómo es que este fenómeno se introdujo en América Latina? Fue a partir de los años 80's, al no poder escapar del dominio del mundo globalizado, América Latina abrió sus fronteras, mercados y la sociedad en general, con el fin de pretender salir del subdesarrollo, para tal efecto se crearon políticas y reformas que se sustentan en políticas macroeconómicas, las cuales se traducen en los programas de ajuste estructural. En El Salvador se implementaron dichos programas a partir de los años 89-94 hasta la actualidad, en donde se propiciaron las privatizaciones de los servicios públicos, el no intervencionismo estatal por la instauración de un modelo de libre mercado.

Desde el año de 1995 hasta el 2006, El Salvador se coloca dentro de los primeros cinco países en América Latina, con mayor "libertad económica".³⁷ Es así que en 1989, se inicia un nuevo modelo productivo, con base en la liberación económica, para llevar a cabo una reforma arancelaria que tendría como resultado, la inserción del país en la dinámica del comercio internacional. Una vez instaurado y luego de más de quince años de apertura económica, las consecuencias en los derechos de los ciudadanos, en

³⁷ Melissa Salgado, "La liberalización comercial en El Salvador: impactos en el nivel de empleo formal y salarios reales", *Revista Realidad*, n. 120 (2009): 329, <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4c5a0824e4422realidad120laliberacion.pdf>.

especial en los derechos laborales, fueron muy marcadas y severas. De acuerdo a lo anterior, cuando se habla de flexibilización laboral, se tiene que hacer referencia al Derecho Laboral en sus dos formas: en el Derecho Individual del Trabajo y en el Derecho Colectivo de Trabajo, para después analizar fenómenos particulares en esta rama del Derecho. Es decir, por un lado es la rama del Derecho que estudia las normas que regulan el trabajo humano dependiente, no cualquier trabajo; un trabajo en el cual un obrero vende su fuerza de trabajo a cambio de un salario. Y el Derecho Colectivo de Trabajo, es el que estudia la regulación de las organizaciones sindicales de trabajadores, todo el régimen de convenciones colectivas, etc.

En otras palabras, el Derecho Laboral se refiere a un Derecho protectorio que surge con la necesidad de intentar abolir las diferencias entre trabajadores y empresarios, así mismo es un Derecho tipificado ya que todo está regulado en la ley. La característica de protectorio es relativa, ya que, en momentos de crisis económica en un país, acontece el desempleo y por tal razón el Derecho del Trabajo, en lugar de perseguir sus objetivos, baja sus estándares de protección, pues se subsume a la economía globalizada. Bajo ese contexto histórico, en la actualidad, las áreas de libre comercio, las empresas transnacionales y otros elementos tan propios de estos tiempos de Globalización, que facilitan la interacción de los “Mercados” del mundo entre sí, presuponen políticas orientadas a garantizar la libre competencia.³⁸

Para hablar de libre competencia se deben tomar en cuenta dos aspectos, en primer lugar el económico, este referido a que cada país que desee entrar en el mercado globalizado debe adoptar postulados neoliberales que

³⁸ Rodolfo Cardenal, “Resumen de la Editorial el capitalismo actual está reñido con la competencia y el libre comercio”, *Revista ECA-Estudios Centroamericanos*, n. 683 (2005): 741.

incrementen la inversión económica de dicho país y el segundo aspecto tiene que ver con lo social o costos sociales, esto hace referencia a que dentro del sistema empresarial se deben disminuir y en dado caso eliminar costos sociales que en su mayoría atañen a los trabajadores. En la época en que vivimos, los gobiernos de los países industrializados o desarrollados, presionan a los gobiernos de países pobres, como El Salvador, para que dejen entrar los productos de sus grandes empresarios sin ningún obstáculo, por lo que para sobrevivir en una competencia económica, los empresarios tienen que gastar mucho menos dinero en la producción; es decir, bajar costos, pero sin dejar de producir la misma cantidad de bienes a fin de que sus empresas no quiebren, pues bien, para bajar costos, los empresarios quieren reducir el salario de la gente trabajadora, no pagarles las mismas prestaciones y otras cosas más.

Paralelo a esto, la sociedad también debe enfrentarse a una inflación descontrolada, excesivo gasto fiscal, crecimiento del sector informal, aumento constante del desempleo, para atender las crecientes necesidades de una masa poblacional paupérrima que día a día se multiplican.³⁹ En el marco de esta situación, aparecen en el Derecho del Trabajo las tendencias flexibilizadoras y desreguladoras del tradicional Derecho Laboral⁴⁰; en ese sentido, se debe establecer qué se entiende por Flexibilidad y Desregulación a secas. De esta manera, el jurista colombiano Guillermo López Guerra, sostiene que dicha desregulación, establece el punto intermedio o de equilibrio entre la tesis de los trabajadores de la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y la patronal capitalista de la libertad absoluta del manejo empresarial por sus dueños.

³⁹ Jorge Ponce Turcios, *Flexibilidad de las relaciones laborales en el nuevo orden económico, desafío del sindicalismo en el siglo XXI*, (San Salvador: Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1996), 2.

⁴⁰ *Ibíd.* 2.

Ahora bien, Flexibilizar a groso modo se refiere a quitar complicaciones y hacer más fácil algo, o sea manipular o usar una cosa según nuestro antojo, esto quiere decir, que flexibilización es lo contrario a lo rígido. En el caso de la Flexibilización Laboral, los grandes empresarios buscan disponer de la clase trabajadora para poder aumentar sus ganancias a través de despidos sin pago de prestaciones laborales, trabajo de horas extras sin remuneración, horarios extensivos entre otros, debido a la poca rigidez del Derecho Laboral protectorio.

Por todo lo anterior, Flexibilizar el mercado laboral⁴¹, para la doctrina neoliberal es eliminar las rigideces en la economía provocadas por normas laborales proteccionistas del trabajador, para lo cual propugnan la reducción drástica de tales normas o la desaparición misma de los derechos laborales. Esta flexibilización conlleva a la desregulación. La desregulación se define como la eliminación de las intervenciones normativas externas (heterónomas) y el retorno a la regulación del mercado de trabajo por la autonomía individual. Esta desregulación, según Xavier Coller⁴², puede ser radical o atenuada.

La primera consiste en la eliminación o drástica reducción de los niveles de protección legal que poseen los trabajadores, ya sean derechos individuales o colectivos, y la segunda se refiere a la pérdida o eliminación de los mínimos legales que la relación individual contrapone en forma de compensación o revitalización y reforzamiento de las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo. Esto último quiere decir que la desregulación atenuada se refiere a que la facultad de regular jurídicamente las relaciones

⁴¹ Véase. Priscilla Carballo Villagra "Mercado de trabajo y flexibilidad laboral en las ciencias sociales", *Reflexiones*, n.1 (2005): 34, <http://www.redalyc.org/pdf/729/72920801003.pdf>.

⁴² González, Flexibilización, 9.

laborales entre patronos y trabajadores no dependa del Estado caracterizado por su intervención en la economía y protección a los trabajadores, sino que dependa de los actores sociales, es decir de las convenciones entre patronos y trabajadores. De conformidad a todo lo anteriormente establecido, se puede definir a la Flexibilización laboral, como un fenómeno que acontece en una realidad, llámese social, jurídica o económica, y se manifiesta en dicha realidad a través de una serie de procesos de liberación de normas aplicables al mercado de trabajo, así como a la normativa laboral, al no intervencionismo Estatal, a nuevas formas de contratación, en donde se introducen nuevas técnicas tendientes a incrementar la competitividad en el mercado laboral, generando el debilitamiento del Derecho del Trabajo.

Dicha flexibilización no se manifiesta en un escenario único, por el contrario, se presentan diversas variedades de este fenómeno según el ámbito y las relaciones en las que se produzcan; es decir, de las formas que puede asumir la flexibilización laboral, deben distinguirse aquellas que resultan externas a la empresa, de otras que se implementan en el ámbito de las mismas (flexibilidad interna).⁴³ En ese sentido, la clasificación de la flexibilización laboral se puede determinar de la siguiente manera:

a) La flexibilización interna: La cual se sub clasifica en: Flexibilidad numérica, consistente en el ajuste de empleo a la demanda fluctuante del producto.⁴⁴ Es decir, posibilita que las empresas adapten el número de trabajadores y sus jornadas según las variaciones de la demanda, por ello es que se adecua el salario en función del trabajo productivo, de esta manera el tipo de

⁴³ Luisa Montuschi et al., "La flexibilidad laboral", *Revista Materiales*, n. 6, S.F., http://www.rmateriales.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=117%3Alaflexibilidad-laboral&catid=40%3An6&Itemid=65.

⁴⁴ Victoria Marina Velásquez de Avilés, "Flexibilización laboral en El Salvador", *Revista Quehacer judicial*, n.64 (2008): 12.

flexibilización numérica está relacionada con la flexibilización salarial,⁴⁵y Flexibilización funcional: en donde la fuerza de trabajo se mira dentro de los procesos productivos de forma movable a nivel interno. En otras palabras, la implementación de nuevas tecnologías en una empresa, determinan la función que desempeñan los trabajadores en la misma, acorde a sus habilidades laborales.

b) Flexibilización externa: la cual se manifiesta en el distanciamiento: el cual está relacionado con el fenómeno de la subcontratación, y la resultante disminución en materia de contratación laboral, abriéndose paso a otro tipo de contrataciones de carácter civil, comercial, dentro de los cuales se encuentra el contrato *Outsourcing*, el cual se explicará posteriormente. Todo esto se traduce en el ejemplo siguiente: a un trabajador X se le pagaba por jornada laboral ordinaria de ocho horas, con todas las prestaciones y además recargos por nocturnidad y horas extras, cuando se trabajaren; hoy se pretende que se pague por unidades de tiempo, para ser más específicos por hora, de tal manera que se contrata a un trabajador por aquellas horas que más demande la empresa, además de reorganizar su puesto de trabajo a conveniencia del empleador.

1.5. El impacto de la flexibilización laboral en los países de América Latina.

Cuando se habla de un fenómeno, en este caso, un fenómeno social que causa impacto en una determinada sociedad, se deben tomar en cuenta tres aspectos; el primero es el origen, implica estudiar los factores que detonaron la existencia del fenómeno; el segundo es el cualitativo, es decir, cuáles son

⁴⁵ Ibíd. 12.

las características que presenta, y el tercero es el cuantitativo, este último aspecto referido al nivel (ya sea mayor o menor) en que el mismo se da. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, para hablar del origen en sí de la Flexibilización laboral, ya antes se expuso que a principios de los noventa ha sido de gran significación en América Latina dado que ha sido el epicentro de los grandes procesos de transformación estructural a nivel local y global que han afectado el rol del Estado, el mercado y la sociedad.

Uno de los mayores impactos de la flexibilización laboral en América Latina ha sido el desempleo que se caracteriza como una amenaza para las clases sociales, configurándose una postergación de posibilidades en todos los órdenes (social, económico y jurídico)⁴⁶; en ese sentido, se considera que este fenómeno social se acrecienta en el marco de la globalización. En ese sentido, varios son los factores que acompañan al desempleo en América Latina⁴⁷, los cuales son:

- 1- Incapacidad del mercado de trabajo para reclutar a grupos desprovistos de competencias, conocimientos y calificaciones actualizadas y suficientes y garantizar a nivel universal una participación irrestricta en los servicios sociales tradicionales asociados con la posesión de empleos estables.
- 2- La precarización de oportunidades de empleo en términos cuantitativos y cualitativos que predominan en el actual mercado de trabajo; a ello se adhiere el incremento de la pobreza. Y
- 3- Insertar a los jóvenes prematuramente, en el mercado laboral, obligados a contribuir al sustento económico de su familia llevando a un abandono total o parcial del sistema educativo.

⁴⁶ Andrea Fabiana Mac Donald, “Evolución histórica de la flexibilización laboral en la Argentina y el mundo”, *Revista Economía, Sociedad y Cultura*, n.2 (2005), 8, <http://rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm>.

⁴⁷ *Ibíd.* 8.

Cómo prueba de lo anterior, en nuestro país, el número de trabajadores categorizados en el empleo formal con rigor, medido por el acceso a la seguridad social, apenas representaban un poco más del veinte por ciento de los ocupados para el año 2006. Con ello se plantea un hecho de forma implícita: el mercado laboral del país se encuentra inmerso en el subempleo o actividades laborales de baja productividad.⁴⁸

Ahora bien, si el efecto globalizador, trae consecuencias tan negativas, por los programas de ajustes estructurales, ¿por qué se implementaron en el país? La era del ajuste estructural en El Salvador, ha estado ligada a un crecimiento real e ininterrumpido de la producción, de acuerdo a las estadísticas oficiales. Lo curioso del caso es que paralelamente a la subida del Producto Interno Bruto, los salarios mínimos reales se han mantenido en una especie de caída libre.

A nivel urbano, el salario pasó de un promedio de ciento setenta colones con cincuenta centavos mensuales en el período previo al ajuste a ciento siete colones con ochenta centavos mensuales, ya cuando este último se había implementado, deteriorándose su poder adquisitivo en más de una tercera parte.⁴⁹ El nuevo modelo económico ha presionado durante por lo menos tres décadas, los códigos de trabajo y demás normas laborales y ha logrado introducir elementos de externalización de las relaciones de trabajo.

En consecuencia, en América Latina la legislación laboral tiende a fijar el mínimo de protección frente al despido arbitrario o por causas económicas, éste opera también como estándar máximo pero que de todas maneras ha operado de manera distinta en diversos países, sin dejar de mencionar que

⁴⁸ Salgado, La liberalización comercial, 336.

⁴⁹ *Ibíd.* 123.

la flexibilización laboral introduce la vinculación del derecho laboral con la economía. De esta manera, la flexibilización laboral, tiene como consecuencia tres situaciones:⁵⁰

- a) El empleo permanente está siendo cada vez más escaso y han proliferado otras formas flexibles de contratación temporal.
- b) La precariedad del empleo profundiza diferencias en el mercado de trabajo. En ese sentido, recae con mayor fuerza sobre sectores como los jóvenes, las mujeres, los inmigrantes, las personas de edad avanzada.
- c) Tiende a debilitar a las organizaciones de trabajadores y desmovilizar la acción colectiva potencializando el desarrollo de asociaciones que se interesan por la producción y la calidad.

Ahora bien, una de las figuras más representativas, de la introducción de figuras flexibilizadoras en el sistema económico, jurídico y social Centroamericano y por ende salvadoreño, fue la llegada de la Tercerización, como una práctica empresarial enmarcada en políticas neoliberales de flexibilización laboral.

1.6. Nuevo contexto y modalidades de las relaciones laborales.

Como parte de la globalización, las relaciones de trabajo se han diversificado, éstas han pasado a ser mucho más versátiles y los empleadores, cada vez más están contratando a trabajadores en virtud de otras modalidades, tales como la tercerización. La OIT define la tercerización o trabajo triangular cuando en una relación de trabajo surge el hecho de que los trabajadores de una persona (proveedor o suministrador) trabajan para

⁵⁰ Velásquez, Flexibilización laboral, 12.

una tercera persona (usuario).⁵¹ Es decir, que intervienen tres actores fundamentales: una casa matriz, un empleador que coloca la mano de obra y como tercer elemento, el trabajador que presta sus servicios a la casa matriz bajo contrato con un tercero.⁵² En consecuencia, dicho trabajo triangular, se ha convertido en factor de precarización laboral, debido a que el trabajador tercerizado recibe prestaciones económicas y sociales en menor calidad y cantidad que un trabajador permanente. Así mismo, dicho trabajador se enfrenta a una situación de inestabilidad laboral ya que no existe una regulación específica que permita asegurarle la garantía y respeto a sus derechos básicos. De esta manera, las diferentes modalidades por las que se expresa la Tercerización son:⁵³

a) El trabajo contratado o subcontratado: dentro de las formas de organizar la producción en la dinámica del mundo laboral se utilizan las figuras del contratista y subcontratista. La tercerización de las actividades productivas o de servicios por medio de esas dos figuras requiere de la existencia de una red de empresas dedicadas directa o complementariamente según sus pactos sociales (cuando se trata de personas jurídicas) o conforme lo decidan sus propietarios (cuando se trata de personas naturales) a la realización de la clase de trabajos o servicios que se demandan.⁵⁴ La subcontratación es el acuerdo que se celebra entre una persona o empresa con un contratista para que el mismo realice determinados trabajos aportando sus propios conocimientos, herramientas,

⁵¹ Instituto Sindical Para América Central y el Caribe (ISACC), "La Tercerización del empleo y propuestas para regularla, ya que constituye una corriente contraria a la promoción del trabajo decente", *Revista Paz y solidaridad*, n. 3 (2011): 16., http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32_ISACC%20%20Terciarizaci%F3n%20del%20empleo.pdf.

⁵² Carlos Mauricio Molina Fonseca, *Externalización del trabajo y normativa laboral* (Buenos Aires: Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y seguridad social, 2013), 5, <http://www.aidtss.info/xixcongreso/disertaciones/3.pdf>.

⁵³ *Ibíd.* 5.

⁵⁴ *Ibíd.* 7.

capitales y personal, siendo estos trabajos, actividades que no forman parte del giro de la empresa, sino que son actividades totalmente ajenas a éste. Esta definición se ajusta por ejemplo a las prácticas prevalecientes en la industria de la construcción, en donde una persona o empresa, que es dueña de la obra, contrata a una constructora civil con un constructor o arquitecto (el contratista), quien a su vez subcontrata partes de la obra con diversos gremios (albañiles, pintores, plomeros, electricistas, etc.).⁵⁵

El objetivo de esta nueva forma de contratación laboral es trasladar la responsabilidad y carga laboral que tenga el dueño de una empresa o negocio a un tercero que realiza el papel de un empleador; es decir, este tercero se hará cargo de las obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo, asimismo se encargará de todas aquellas responsabilidades referidas a la seguridad ocupacional, a las de carácter previsional y a las de seguridad social. Este tipo de relación laboral, no solo se puede ver reflejada en el sector privado, pues además las instituciones públicas llevan a cabo esta modalidad de trabajo, bajo la aplicación de las modalidades de contratación permitidas por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

b) El trabajo *Offshore* u *Offshoring*: El término *Offshore* significa literalmente fuera de costa y lo utilizaban los propietarios de cuentas bancarias en el extranjero para referirse a sus inversiones foráneas. Muchos empresarios que tenían negocios que abarcaban varios Estados colocaban o cambiaban la sede de sus negocios al Estado donde más facilidades habían.⁵⁶ En sí se refiere a un tipo de externalización, en la que los bienes o

⁵⁵ Instituto Sindical, La Tercerización del empleo, 18.

⁵⁶ Corporaciones y Estructuras Jurídicas Offshore, *Manual Offshore para principiantes*, (Panamá: Incorporated Offshore, S.F), 7, <http://www.incorporatedoffshore.net.pdf>.

servicios provienen de una empresa independiente, localizada en un país distinto al de la empresa original. Ahora bien, el *Offshoring*.⁵⁷ se pueda dar en diferentes áreas, una de ellas es el *Offshore* de Prestación de Servicios desde el extranjero como los centros de llamadas, servicio técnico o procesos administrativos. Asimismo, se encuentra el *Offshoring* de manufactura, relocalización de fábricas y centros de producción; de igual manera se encuentra el *Offshoring* de investigación y desarrollo, conocido en inglés como *R&D Offshoring*, representa la relocalización de actividades de alto valor como la investigación.

Con esta interpretación, el trabajo offshore o trabajo *Offshoring* puede tener diferentes modalidades. Desde la contratación directa en el país a personas para que ejecuten un trabajo por cuenta de la empresa extranjera principal, hasta el establecimiento de empresas para atender las demandas de esas otras firmas, como el *Offshoring* bancario.⁵⁸

c) El trabajo Outsourcing: Las empresas han venido implementando nuevas prácticas con el fin de aumentar la productividad y competitividad en el mercado económico empresarial, tal como se planteó con antelación. Una de estas prácticas, es conocida como la externalización o descentralización de actividades productivas, esto con el fin de incrementar la capacidad adaptativa de la empresa, haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo en lo que constituyen sus competencias básicas. La descentralización productiva, a pesar de sus importantes connotaciones jurídicas, responde a un fenómeno de carácter fundamentalmente económico, conocido con el término anglosajón de *Outsourcing*, y hace

⁵⁷ Instituto Sindical, La Tercerización del empleo, 18.

⁵⁸ Molina, Externalización del trabajo, 9.

referencia a las importantes modificaciones que se están produciendo en el entorno empresarial.⁵⁹ Ahora bien, se habla de trabajo *Outsourcing*, ya que del contrato mercantil *Outsourcing* se deriva una relación laboral, en donde el personal contratatado por la empresa *Outsourcer*, realiza la prestación de un determinado servicio a la empresa cliente que lo solicita. Y uno de los ejemplos más verídicos de la contratación de procesos de negocios es el trabajo *Outsourcing* de atención al cliente y asistencia técnica, denominados *Call Center* (Centros de llamadas).

⁵⁹ Fernando Casani Fernández de Navarrete, *La descentralización productiva y la realidad económica*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000), 189.

CAPITULO II. EL TRABAJO *OUTSOURCING* COMO PRODUCTO DE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL IMPLEMENTADA POR EL SISTEMA EMPRESARIAL.

En este apartado, se hará un análisis del contrato *Outsourcing* desde un enfoque del Derecho Mercantil en cuanto a sus generalidades más sobresalientes como su origen, su definición, los sujetos intervinientes en el mismo y la diversidad de derechos y obligaciones ejercidas y contraídas por la *Outsourcer* y la Cliente; por otro lado se hará referencia a la relación laboral que trae aparejada este contrato, que conlleva estas nuevas modalidades de contratación.

2.1. Generalidades del contrato *Outsourcing*.

Como en toda figura jurídica, el contrato *Outsourcing*, posee ciertas generalidades que a continuación se presentan:

2.1.1. Antecedentes del contrato *Outsourcing*.

El contrato *Outsourcing* surge como una atractiva herramienta de gestión de negocios que procura una maximización de beneficios y minimización de costos⁶⁰, a la vez que genera valor para la empresa y sus grupos de interés; es por ello que dicho contrato se relaciona con los conceptos trabajo y globalización, lo que lleva al mismo tiempo al ámbito jurídico, pues se hace referencia al Derecho Laboral. En ese orden de ideas, existen dos posiciones que explican el nacimiento del Contrato *Outsourcing*⁶¹, los cuales son: a) Por un lado, se encuentra la posición que explica que el *Outsourcing* nace

⁶⁰ Echaiz, El contrato de *Outsourcing*, 764.

⁶¹ *Ibíd.* 764.

incipientemente en los años setenta del siglo pasado con la revolución post-industrial y encuentra su punto de ebullición dos décadas después con la revolución informática, que culmina con el modelo fordista; y b) Por otro lado, en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, antecedente del *Outsourcing*; en efecto, surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial, donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios especializados del sector informal.

Para efectos de interés, se opta por la primera posición pues va más encaminado a lo que se pretende relacionar con la flexibilización laboral y las nuevas relaciones contractuales como el *Outsourcing* que surgen de este fenómeno. Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. De esta manera se forjó el principio de ocupación en la propia empresa, en donde lo que determinaba la realización interna de los servicios de la empresa sino también unos factores determinantes del mercado como la protección de los mercados frente a la competencia externa y la lenta evolución tecnológica.⁶²

Esta estrategia fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca podrían ser tan competitivos como las agencias independientes.⁶³ Por lo que a partir de 1960, el desarrollo del sistema capitalista promovió, entre otros fenómenos estructurales y de coyuntura, esta clase de contratos para aumentar la rentabilidad de las empresas y la disminución de los costos, dentro del esquema *mínimax*. Luego del periodo de la crisis de la deuda externa (tercera crisis del capitalismo a partir de los años 70's hasta la

⁶² Vid. Luis Ramón Martínez Garrido, *Descentralización productiva: Outsourcing*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000), 34.

⁶³ Jorge Enrique Romero Pérez, "El contrato de Outsourcing", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.102 (2003): 124.

actualidad), se desencadena el proceso de globalización promovido por la caída de los países socialistas que facilitan la internacionalización del capital transnacional y el flujo rápido de las corrientes financieras. El concepto de *Outsourcing* comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los años 70, enfocado sobre todo a las áreas de información tecnológica en las empresas. Es así que las primeras en implementar modelos de *Outsourcing* fueron *Electronic Data System*, *Arthur Andersen*, *Price Water House* y otros. En El Salvador, se tomó la decisión de contratar recursos externos para la custodia de las mismas, creándose así las empresas de seguridad⁶⁴, éstas empresas, comenzaron a introducir esta práctica, subcontratando servicios de carácter operativo como limpieza hasta llegar a subcontratar servicios de recursos humanos.⁶⁵

2.1.2. Definición del contrato *Outsourcing*.

El *Outsourcing* es un término creado en 1980 para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores. Su origen es anglosajón, estando compuesto por los vocablos *out* que significa exterior o fuera, y *source* que significa fuente, recurso u origen⁶⁶, por lo que desde el punto de vista empresarial significa que se van a desarrollar fuera ciertas actividades de la empresa. Hay que tomar en cuenta que existe una diferencia entre las palabras en inglés *Outsourcing* y *Outsourcer*; según Brian Rothery, en el libro *Outsourcing*, explica que la primera corresponde a la acción de recurrir a una agencia

⁶⁴ Camila Renee Canales Bettaglio y Arturo Efraín Castro Reyes, "Outsourcing como un modelo alternativo de gestión gerencial para restaurantes de la mediana empresa en la zona metropolitana de San Salvador" (tesis de grado, Universidad Doctor José Matías Delgado, 2009), 4, <http://webquery.ujmd.edu.sv/siab/bvirtual/BIBLIOTECA%20VIRTUAL/TESIS/01/AE-M/ADCO0000419.pdf>.

⁶⁵ *Ibíd.* 4.

⁶⁶ Martínez, *Descentralización productiva: Outsourcing*, 36.

exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía y que a la segunda le corresponde la definición de servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de la misma pero que es responsable de su propia administración.⁶⁷ Lo anterior se materializa en las empresas dedicadas a dar servicios exteriores especializados para otras empresas. A aquellas se les denomina empresas *Outsourcer*; y en términos prácticos, el *Outsourcing* hace referencia al contrato de este tipo de servicios.

El contrato *Outsourcing* es conocido también como descentralización productiva, externalización del negocio, externalización de actividades, tercerización de la información, subcontratación o contratación de servicios externos entre otros. La naturaleza jurídica de este contrato, es de carácter mercantil, ya que la relación jurídica que surge de este tipo de contratos, es entre comerciantes sociales extranjeros, en donde sus actos son realizados en masa y tiene su fundamento legal en los Arts. 1 y 2, romano II, inciso tercero, del Código de Comercio de El Salvador, por lo que se regirán por las disposiciones de dicho cuerpo normativo y demás leyes mercantiles.

La empresa en si no es un sujeto de Derecho, sino el individuo o la persona jurídica titular que asume los riesgos de su explotación; no obstante, el Código de Comercio de El Salvador así como una diversidad de autores, utilizan el término empresa, como una expresión abreviada, cada vez que se menciona a los contratos celebrados por una empresa, dando por sobreentendido que quien contrata es el sujeto titular de ella.⁶⁸ Tomando por sentado que la empresa y su titular son dos cosas distintas y que ya se

⁶⁷ María Constanza Moncada Lezama y Yoleth Monsalvo Bolivar, "Implicaciones laborales del Outsourcing" (tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, 2000), 26.

⁶⁸ Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*, (Buenos Aires: Astrea, 1999), 18.

estableció que la naturaleza jurídica de este contrato es la de ser un contrato de carácter mercantil, es importante establecer que también es un contrato de colaboración externa empresarial. Sin embargo, hay que diferenciar entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, el objeto inmediato del contrato es crear obligaciones y el objeto mediato es el contenido de la prestación. Por lo que, el objeto inmediato de este contrato *Outsourcing*, es la de colaboración empresarial y la respectiva retribución por esta actividad y el objeto mediato es el contenido de estas obligaciones, es decir, las prestaciones de dar, hacer o no hacer una cosa por ambos comerciantes sociales.

De esta manera, para que surta efectos el contrato *Outsourcing*, en primer lugar, tiene que existir una descentralización de actividades en la empresa cliente, para luego determinar qué tipo de función descentralizada desea externalizar y así ser ejecutada por la empresa *Outsourcer*, buscando de esta manera el fin de la prestación, el cual es el aumento en las ganancias de la empresa beneficiaria en la que implica una reducción de costos laborales. Surge una interrogante ¿esta situación, de parte de una empresa, de reducir costos laborales es contraria al Orden Público?

Hay que tomar en cuenta que la reducción de costos laborales para el sector empresarial se traduce en una mano de obra barata que realice el servicio externalizado, pasar de un contrato formal a uno informal pero tolerado por el gobierno, minimización de planillas de trabajadores, evitar los tipos de contrato por tiempo indefinido. Si bien es cierto en el Art. 23 de nuestra Carta Magna, se contemplada la libertad contractual.⁶⁹ Esta libertad puede ejercerse sin más límites que los establecidos por la ley, es decir, que no

⁶⁹ *Ibíd.* 292-293.

debe contrariar a la Constitución y demás normas de Orden Público. Por lo que surge una interrogante, si el contrato de *Outsourcing* se basa en la libertad contractual y tanto la empresa *Outsourcer* como la empresa cliente no garantizan todos los derechos laborales establecidos en la Constitución, ¿no estarían excediéndose los límites de la libertad contractual y de esta manera incurrir en un objeto ilícito? Las anteriores interrogantes solo pueden resolverse durante el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Pero no hay que olvidar, que este tipo de contratos se celebran en su mayoría entre comerciantes sociales extranjeros, en ese sentido, es decir que este es un contrato de comercio internacional, por lo que surge la particularidad de tratarse de partes con domicilio (o, por lo menos, establecimientos) en países distintos, lo cual acarrea una serie de consecuencias que no se dan en el comercio interno, como lo es el uso de divisas, el problema de la jurisdicción y legislación aplicables. Este tipo de contrato tiene una diversidad de definiciones, como las siguientes:

Miguel Pérez García lo define como: “la acción de acudir a una agencia exterior para ordenar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna en la administración, la cual actúa con plena autonomía para atender diversos usuarios”.⁷⁰ A este convenio se le puede definir como el medio para contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no esenciales del negocio focalizado, a un proveedor más especializado respecto de la propia empresa, para conseguir una mayor efectividad que permita el cumplimiento de los objetivos de la empresa.⁷¹ Por otro lado, Casani, Luque, Rodríguez y Soria, denominan al *Outsourcing* como

⁷⁰ *Ibíd.* 292-293.

⁷¹ Romero, El contrato de Outsourcing, 122.

una técnica que desarrolla todos aquellos procesos consistentes en la externalización de actividades que no sean consideradas competencias básicas de la organización, independiente de que aquellas fuesen desarrolladas o no previamente por la empresa.⁷² Con lo anterior se puede definir al *Outsourcing*, como un contrato celebrado entre comerciantes sociales, una herramienta de colaboración empresarial, que externaliza actividades que no forman parte del giro principal de la empresa para que sean desarrolladas por otra empresa de manera especializada para expandir la dimensión productiva de la empresa cliente y el adelgazamiento de sus estructuras, maximizando en sus ganancias.

2.1.3. Características del contrato *Outsourcing*.

Como todo contrato en cualquier área del Derecho, posee características propias que lo distinguen de los demás, por lo que podemos mencionar a las siguientes, según Jorge Enrique Romero Pérez:⁷³

a) Nominado: Al respecto, muchos juristas discreparán con respecto a esta característica, sin embargo, se considera que es un contrato nominado porque posee un nombre, se llama contrato *Outsourcing* y así se conoce en la práctica comercial. En verdad, la expresión contrato innominado, tomada al pie de la letra equivaldría a un contrato al que la ley no da un nombre, pero generalmente, el no tener un nombre depende a su vez, de que dicho contrato no esté sujeto a una disciplina legal propia, de donde resulta que la exacta noción de contrato innominado es esta última.⁷⁴

b) Atípico: Esta característica tiene una relación con la anterior, en cuanto a

⁷² Martínez, Descentralización productiva: Outsourcing, 37.

⁷³ Romero, El contrato de Outsourcing, 134.

⁷⁴ Farina, Contratos Comerciales Modernos, 294.

que entre ellas existe un problema terminológico. En ese sentido, la doctrina actual critica la terminología de contratos nominados y contratos innominados, por resultar inapropiada, pues la moderna doctrina ya no habla de esos tipos de contratos sino de contratos típicos y atípicos.⁷⁵ En ese sentido, bajo el contexto de la permanente evolución de las relaciones económicas, la revolución tecnológica, la ampliación de los mercados, la expansión de la economía y la proliferación de relaciones contractuales no previstas por los textos legales y que dan nacimiento a nuevas figuras contractuales como el contrato de *Outsourcing*; por tanto, los clásicos contratos típicos resultan insuficientes para dar adecuada solución a todos estos problemas.⁷⁶

En virtud de la presencia de la costumbre en este tipo de contratos atípicos, se puede dar lugar a una nueva terminología, como el contrato con tipicidad consuetudinaria, en donde la consideración de los usos y las costumbres constituyen Derecho objetivo, es decir, que el germen de estos contratos viene de la inventiva de los comerciantes que se plasma como primera disciplina en los usos y luego en la costumbre, antes que la legislación se ocupe de ellas. Sin embargo, a este criterio se le suma que las obligaciones contraídas por las partes contratantes, en donde generalmente son de dar, hacer o no hacer, deben acudir a las normas pertinentes para su realización en la realidad económica.

El hecho de que no se tenga una regulación específica de estos contratos, no quiere decir que no puedan someterse a la normativa general (contractual civil) que para los contratos se aplica, como por ejemplo, la regulación de su objeto, de su causa, de los derechos y las obligaciones de las partes, de la

⁷⁵ *Ibíd.* 293.

⁷⁶ *Ibíd.* 289

teoría de las obligaciones en general, entre otros. Como se ha planteado con anterioridad, este tipo de contratos pueden desarrollarse en la vida jurídica, gracias al derecho a la libertad contractual, establecido en el Art. 23 Cn. Dicho derecho, según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se refiere al derecho que tienen los particulares que intervienen en un contrato a determinar el contenido del mismo, es decir, la forma y modo en que quedarán consignados los derechos y obligaciones de las partes.⁷⁷

c) Es un contrato de colaboración empresarial: Esta característica hace referencia a que para brindar los servicios que los proveedores o prestadores requieren en el mercado, se da una colaboración de los esfuerzos empresariales.

d) Es un convenio interempresarial: Se refiere a ese esfuerzo de prestación de servicios que se da en un plano interempresarial, en donde varias empresas unen sus servicios para negociarlos con el empresario que los necesita. Es decir, que la prestación del servicio descentralizado, solo se puede dar mediante el negocio que se realiza entre comerciantes sociales y no individuales, por lo que se afirma que se da en un plano estrictamente empresarial.

e) Oneroso: Tomando en cuenta que en este tipo de contratos intervienen comerciantes extranjeros, ellos deben sujetarse a las normas mercantiles vigentes en El Salvador para poder ejercer el comercio, tal como se mencionó anteriormente; por tal razón, se puede afirmar que todos los contratos de naturaleza mercantil, así como las obligaciones que contiene son onerosas, todo lo anterior con base a los Art. 2, Romano II, inciso

⁷⁷ Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 008-2003 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2004) <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

tercero, en relación al Art. 946 del Código de Comercio.

f) Bilateral: Porque para la realización de este convenio se requieren al menos dos partes contratantes, es decir, que se obligan recíprocamente, haciendo referencia a los derechos y deberes de las empresas clientes y empresas *Outsourcer*, de conformidad al Art. 945 del Código de Comercio, en relación al Art. 1310 del Código Civil.

g) Este contrato es de tipo conmutativo, ya que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez y que en este caso se hace referencia a la empresa cliente y empresa *Outsourcer*. De conformidad al Art. 945 del Código de Comercio, en relación al Art. 1,312 del Código Civil.

2.1.4. Sujetos del contrato *Outsourcing*.

En materia contractual civil, específicamente cuando se trata de contratos bilaterales, existe el elemento personal referido a los sujetos que se obligan recíprocamente; es decir, que se necesita de una parte que consienta dar, hacer o no hacer una cosa o un servicio y otra parte que consienta el pago por la entrega de la cosa o el servicio. Los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, producido por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.⁷⁸ El contrato *Outsourcing* es sinalagmático y como ya se aclaró anteriormente es un contrato mercantil bilateral, ya que existe una colaboración externa empresarial. Por un lado, la empresa cliente que, en términos generales, es la que decide cuál es la actividad que se externalizará y por otro lado, el

⁷⁸ Fernando Martínez Sanz et. al., *Manual de Derecho Mercantil*, 18ª ed. (Madrid: TECNOS-Grupo Anaya S.A., 2011), 43.

Outsourcer, que será a quien se le pida colaboración para realizar la actividad externalizada de la empresa cliente.⁷⁹

2.1.5. Objetivos del contrato *Outsourcing*.

Las empresas que adoptan el *Outsourcing*, lo utilizan como una herramienta que tiende a gestionar procesos y funciones que no son parte del giro de la empresa. Esto, desde el punto de vista empresarial, significa que se van a desarrollar fuera ciertas actividades de la empresa, de esta manera se lleva a cabo un proceso de externalización. Existen diferentes tipos de externalización, es decir, que atendiendo a los objetivos que quiera alcanzar una empresa, así será el tipo de externalización que se ejecute. Ahora bien, ¿cuáles son los objetivos que persigue la externalización de actividades?

Encontramos tres objetivos principales que buscan alcanzar las empresas que realizan dicha externalización de actividades. Estos son: *Reducción del Coste*. El *Outsourcing* es un convenio para obtener resultados y funciona dentro del esquema: “máxima ganancia al mínimo costo”⁸⁰. Una estrategia de reducción permite ofrecer un servicio más económico.⁸¹ Con el fin de mejorar la calidad del servicio, ya que esta permite mejorar las operaciones de la empresa; de las capacidades del vendedor del servicio incluyendo el conocimiento especializado de la industria, obtenido a través de trabajar con muchos clientes.⁸²

Aumento de la flexibilidad: Se refiere a la capacidad de responder ante los

⁷⁹ José Donayre, "Outsourcing: empresas optan crecientemente por la tercerización de sus áreas de soporte", *Revista Business*, n. 34 (1997): 8-20.

⁸⁰ Romero, El contrato de Outsourcing, 125.

⁸¹ Tomás Francisco Espino Rodríguez, "El *Outsourcing* y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones: una aplicación empírica", *Revista Redalyc*, n.1-2 (2003): 88.

⁸² *Ibíd.* 89

cambios y al grado de adaptabilidad para hacer frente a las circunstancias cambiantes, cuando las empresas optan por externalizar se hacen más flexibles, más dinámicas y son capaces de afrontar mejor los cambios y las oportunidades que se les presentan.⁸³ En ese sentido, la flexibilidad debe en principio referirse a la contratación de personal para la realización de un servicio que haya sido externalizada, esto por el hecho de que es más práctico contratar a una empresa que proporcione el elemento personal para el desarrollo del servicio solicitado, cuando éste sea requerido y no así el contratar personal interno cada vez que el servicio sea demandado.

Mejora del Servicio: Las empresas proporcionan servicios con valor añadido para conseguir la ventaja competitiva, si una empresa obtiene con la externalización, la materialización de un mejor servicio más rápido y más eficaz, puede mejorar y ampliar los servicios ofrecidos al público y por consiguiente mejorar el valor recibido por los mismos. Esto debido a que la externalización facilita especialmente que la empresa añada al servicio básico otras funciones, como por ejemplo servicios complementarios que añaden valor al servicio final percibido por el cliente.

2.1.6. Derechos y obligaciones derivados del contrato *Outsourcing*.

Como en todo contrato bilateral, ya sea de naturaleza civil o mercantil, existe una reciprocidad de derechos y obligaciones entre las partes contratantes. Y para el contrato *Outsourcing* no es la excepción, ya que, como se ha desarrollado anteriormente, existen dos sujetos intervinientes en el mismo, los cuales son por un lado la empresa cliente y por otro la *Outsourcer*. Ahora bien, hay que tener claro que para realizar todo este tipo de actividades, hay que conocer sobre los derechos y las obligaciones concretas que pueden

⁸³ *Ibíd.* 89.

contraer ambos comerciantes sociales. Por lo que se desarrollan a continuación.

2.1.6.1. Derechos de la empresa cliente⁸⁴.

a) Definir el objeto del contrato *Outsourcing*: El objeto del contrato *Outsourcing* son las obligaciones de la empresa cliente y de la empresa *Outsourcer*, y el objeto de estas obligaciones son las de dar, hacer o no hacer una cosa por ambos comerciantes sociales. La empresa cliente, tiene que especificar qué es lo que va a descentralizar; en pocas palabras, se indicará la actividad que realizará el *Outsourcer* durante la vigencia del contrato.

b) Derecho de supervisar al *Outsourcer*: la empresa cliente tiene el derecho de fiscalizar si la meta cuantificable que se ha pactado se está realizando. Es decir, que dicha empresa tiene derecho a examinar que la actividad que fue externalizada se cumpla de acuerdo a lo pactado en el contrato.

c) Ejercer sus derechos de propiedad intelectual: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se refiere a las creaciones de la mente como las invenciones, obras literarias y artísticas,⁸⁵. En ese sentido, se puede definir a los derechos de propiedad intelectual como aquellos en donde permiten al titular de una patente, marca o derecho de autor, beneficiarse de su obra o invención.⁸⁶ En el caso de la empresa cliente, se habla de la propiedad de tipo industrial.

⁸⁴ Echaiz, El contrato de Outsourcing, 771.

⁸⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ¿Qué es la Propiedad Intelectual?, acceso el 21 de octubre de 2014, http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipoub_450.pdf.

⁸⁶ *Ibíd.* 3.

d) Exigir la exclusividad del *Outsourcer*: este derecho permite que haya una restricción en la actuación del *Outsourcer*, con el fin de que no realice la misma labor para quien es el directo competidor de la empresa cliente, como medida de protección por el *know-How* (saber-conocer), que se hubiere transferido, siendo necesario determinar el mercado relevante que permita definir quiénes califican como su directo competidor.

e) Mantener la propiedad de los bienes trasladados al *Outsourcer*: esto aplica para aquellas funciones externalizadas que impliquen un traslado de bienes de la empresa cliente que se necesitarán para la realización de la tarea encomendada a la empresa *Outsourcer*.

f) Exigir la confidencialidad de la información proporcionada al *Outsourcer*: Este derecho, va a depender de qué funciones se estén delegando, ya que puede ser funciones de carácter operativo que no impliquen ningún traslado de información para poder desarrollarse; o, por otro lado, pueden ser funciones de carácter estratégico que impliquen un traslado de información para poder ser desempeñadas por parte de la empresa *Outsourcer*. Al celebrarse este contrato, la empresa cliente transferirá al *Outsourcer* parte de su conocimiento del negocio a éste, por lo que se debe especificar qué conocimiento está transfiriéndose.

g) Coordinar la estrategia del negocio sin que esto cree una relación de subordinación del *Outsourcer* respecto a la empresa cliente. Esta coordinación trata que la empresa cliente tiene derecho de coordinar las tácticas de cómo desarrollar parte de sus funciones externalizadas a la empresa *Outsourcer*.

h) Obtener los resultados en los términos pactados. Esto es lo que realmente

se busca por parte de la empresa cliente que descentralizó sus operaciones. El motivo es más que la maximización de las ganancias y la mejora en la calidad del servicio, por medio de la reducción de costos.

2.1.6.2. Obligaciones de la empresa cliente:

Como en todo contrato mercantil, las obligaciones que emanan de éste son onerosas, tal como se ha planteado con anterioridad; por ello, la empresa cliente, así como la *Outsourcer*, se gravan entre sí. En ese sentido, las principales obligaciones de la empresa cliente son:⁸⁷

a) Determinar los alcances de la delegación de la actividad que realizará el *Outsourcer*. Aquí hay que tomar en cuenta que no se hace referencia a la delegación que se establece en el Art. 985 y siguientes del Código de Comercio, pues al contrario de lo que se establece en estas disposiciones, la empresa *Outsourcer* no asume la calidad de deudor o acreedor frente a un tercero que tenga una obligación crediticia con la empresa cliente, sino que se dedica a la ejecución de una función o servicio que no es del giro principal de la empresa.

b) Proporcionar la información necesaria al *Outsourcer* para el cumplimiento de su prestación. Implica una relación en donde el cliente aporta el compromiso de ofrecer al proveedor información clave y estratégica de su negocio para que éste pueda hacer su trabajo.⁸⁸

c) Supervisar el cumplimiento de la actividad en los plazos pactados. Para

⁸⁷ Echaiz, El contrato de Outsourcing, 771.

⁸⁸ Ben Schneider, *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, (Bogotá: Editorial Norma, 2004), 33.

María José Viega, el plazo del *Outsourcing* va de cinco a diez años, casi siempre se tiende a la renovación de este plazo, debiendo informarse en un término de cuatro a seis meses de anticipación al vencimiento del plazo en caso de no realizarse la renovación.⁸⁹ La empresa cliente debe supervisar la realización de la actividad externalizada.

d) Retribuir al *Outsourcer*. Al ser un contrato oneroso, la retribución en este contrato es la prestación económica que se traduce en el pago de un monto en dinero por la realización del servicio ejecutado por la empresa *Outsourcer*. Este monto debe ser determinado por ambos contratantes.

e) Cumplir con las demás cláusulas pactadas en el contrato de *Outsourcing*. Como por ejemplo, la cláusula arbitral, la sujeción a un domicilio en específico, la aplicación supletoria del Código Civil, etc.

2.1.6.3. Derechos de la empresa *Outsourcer*.

a) Gozar de autonomía jurídica, económica y administrativa, por lo que se desarrollan a continuación: 1. Autonomía Jurídica. Se refiere a que la empresa *Outsourcer* posea personalidad jurídica propia como comerciante social, dentro de los límites que impone su finalidad⁹⁰; 2. Autonomía económica. La empresa *Outsourcer*, además de poseer una autonomía jurídica y ser un sujeto de Derecho, posee una finalidad económica propia; 3. Autonomía administrativa: Se refiere a la capacidad que tiene la empresa *Outsourcer* para gestionar y resolver los asuntos propios de su competencia y organización interna, sin la intervención de la empresa cliente, contando

⁸⁹ Echaiz, El contrato de Outsourcing, 775.

⁹⁰ Vid: Miguel Marrionhoff S. citado por Armando Calderón Sol, "Organización, Fiscalización y Financiamiento de los Entes Autónomos" (tesis de postgrado, Universidad de El Salvador) acceso el día 24 de octubre de 2014, <http://www.csj.gov.sv/BVirtual.nsf/f8d?OpenDocument>.

con facultadas normativas para regular esos temas.⁹¹

b) No subordinarse a la dirección de la empresa cliente: Como se estableció anteriormente, la empresa *Outsourcer* posee autonomía tanto en lo jurídico, en lo económico como en lo administrativo, por lo que no tiene razón de ser la subordinación en este contrato. Hay que tomar en cuenta que la empresa *Outsourcer* es un experto en la actividad externalizada a ejecutar, pues conoce mejor las tecnologías aplicables al área de esa actividad.⁹²

c) Realizar negocios con otras empresas en tanto no viole el pacto de exclusividad. Tal como se planteó anteriormente, esto no quiere decir que la empresa *Outsourcer* como la cliente, tengan que hacer negocios únicamente entre sí, esta cláusula puede ser obligatoria o no, ya que en la práctica comercial, dependiendo del tipo de contrato *Outsourcing*, ya sea operativo o estratégico, será necesario pactar o no esa cláusula. Una de las razones, por las que puede ser obligatoria esta cláusula es para que la empresa *Outsourcer* no realice la misma actividad externalizada para otra empresa que puede ser directo competidor de la empresa cliente. Y d) Ser retribuido. La retribución, en la práctica comercial, se dará en dinero y no es especie.

2.1.6.4. Obligaciones del *Outsourcer*.

a) Contratar personal capacitado para la realización del *Outsourcing*: Este personal está altamente calificado para el desarrollo de las actividades externalizadas, ya que manejan conocimientos especializados y tecnología

⁹¹ Marco Antonio Mostacero Orozco, *Autonomía administrativa y financiera de las administraciones tributarias: la experiencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en Perú*, (Lima: Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT, 2006), 6.

⁹² Romero, El contrato de Outsourcing, 130.

necesaria para realizar estas actividades en mejores condiciones que si las desarrollara la empresa cliente.⁹³

b) Respetar los derechos de propiedad intelectual de la empresa cliente: la empresa *Outsourcer* deberá respetarle el derecho de propiedad intelectual que la beneficiaria tenga anteriormente tal invención, es decir, no se podrá patentar por la empresa *Outsourcer*.

c) Mantener la exclusividad y la confidencialidad a favor de la empresa cliente.

d) Responsabilizarse por la pérdida de bienes o documentos de la empresa cliente. Cuando se hayan tenido que trasladar tanto bienes o documentación que resulten necesarias para que la empresa *Outsourcer* lleve a cabo la ejecución de la actividad externalizada, deberá aplicar el debido resguardo como si fuesen propios. La empresa *Outsourcer* debe cumplir esta obligación de manera diligente, como todo buen comerciante en un negocio propio; de lo contrario, responderá por una culpa leve o intermedia. Esto de conformidad a los Art. 947 del Código de Comercio en relación al Art. 42, inciso tercero, del Código Civil.

e) Presentar informes periódicos a la empresa cliente. Los informes, ya sean mensuales, trimestrales, semestrales etc., según se hayan pactado en el contrato, se vuelven importantes para el ejercicio del derecho de supervisión.

f) Lograr los resultados en los términos pactados, asumiendo el riesgo de dichos resultados. Los resultados que se obtienen de la actividad

⁹³ Espino, *El Outsourcing y su influencia*, 88-89.

externalizada pueden tender a ser favorables o desfavorables para la empresa cliente, en cuyo caso, es necesario aclarar que en el contrato de *Outsourcing* también se transfiere el riesgo a la empresa *Outsourcer*, quien asumirá el costo que conllevaría la pérdida del negocio.⁹⁴ Y g) Cumplir con las demás cláusulas pactadas en el contrato de *Outsourcing*. Una vez agotado el análisis mercantil de este contrato se iniciará el desarrollo de un análisis exhaustivo de la relación laboral vinculada a este contrato, la cual lleva el nombre de Trabajo *Outsourcing*.

2.2. Conceptualización del trabajo *Outsourcing*.

En este apartado se desarrollará esta modalidad de trabajo el cual proviene de un contrato de naturaleza eminentemente mercantil que trae aparejada esta relación laboral. No existe en el país una investigación que desarrolle a profundidad y de manera específica este tema; por lo que todo lo planteado a continuación es una compilación propia de conocimientos bibliográficos y empíricos.

2.2.1. Antecedentes del trabajo *Outsourcing*.

En lo largo de la historia del trabajo, siempre nos hemos encontrado con un ser humano ejecutando una labor o un trabajo, bien en su propio beneficio o en beneficio ajeno. En ese sentido, se puede afirmar lo que establece Labriola, al declarar que la base, el fundamento y la condición ineludible de la vida social e individual está en el trabajo.⁹⁵ La etimología del vocablo trabajo deriva de indudables voces latinas, con la idea de sujeción o de penoso.

⁹⁴ *Ibíd.* 78.

⁹⁵ Guillermo Cabanellas de Torres, *Compendio de Derecho laboral*, 3ª ed. (Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1992), 79.

Para unos proviene del vocablo *trabs* y *trabis*, que equivale al término traba, en donde se traduce que el trabajo es la traba del hombre.⁹⁶ El trabajo es el esfuerzo humano, sea físico, intelectual o mixto, aplicado a la producción u obtención de riqueza; y como toda aquella actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. Igualmente trabajo debe ser todo aquello que se practica dentro de la licitud. El trabajo *Outsourcing* es el esfuerzo humano, físico e intelectual realizado por una persona natural, en donde esta acción está subordinada económica y jurídicamente hacia un comerciante social extranjero (empresa *Outsourcer*), que se considera como el empleador directo, aunque el servicio ejecutado por la persona natural no sea destinado para ella si no para otra empresa (empresa cliente), además de mantener una subordinación administrativa y técnica con ésta.

2.2.2 Características del trabajo *Outsourcing*.

Recordando sobre las generalidades del Derecho Laboral, se sostiene que su naturaleza jurídica es la de pertenecer al Derecho Social; es decir, es un Derecho noble, este busca el equilibrio entre el capital y el trabajo, además de tutelar los derechos de la clase trabajadora, con el fin de brindar protección y regulación a las condiciones mínimas de la misma, ya que se encuentran en una relación de aparente desventaja.

El objeto del Derecho Laboral, es decir, que lo que estudia el Derecho Laboral es el trabajo, pero no cualquier tipo de trabajo, sino aquel que reúne ciertas características para que pueda considerarse objeto de estudio del mismo. En este tipo de contratación moderna, existe una relación de trabajo

⁹⁶ *Ibíd.* 80.

triangular, ya que surge del hecho de que los trabajadores contratados por una empresa *Outsourcer*, trabajan para una empresa beneficiaria. Aunque el servicio realizado por los trabajadores es para la misma, el vínculo laboral existente es solo entre dichos trabajadores y la empresa *Outsourcer*. Este vínculo que también es denominado relación jurídico laboral, es objeto de estudio y regulación del Derecho Laboral; todo esto con fundamento en el Art. 38 de la Constitución de la República en relación al Art. 1 del Código de Trabajo; por tal razón, el trabajo *Outsourcing* también es considerado objeto de estudio del mismo. Las características del trabajo *Outsourcing* son:

a) Trabajo triangular: como ya se desarrolló anteriormente, para el desempeño de este trabajo existe la intervención de tres sujetos: Empresa cliente, empresa *Outsourcer* y los trabajadores contratados por esta última.

b) Trabajo transfronterizo:⁹⁷ Hay que tomar en cuenta que la mayoría de estos trabajos, han nacido por la implementación de estos contratos modernos entre empresas Multinacionales, que desarrollan sus procesos productivos en otro país distinto a su domicilio de origen, por lo que el trabajador contratado por una empresa *Outsourcer* puede prestar sus servicios a una empresa cliente ya sea nacional o multinacional.

c) Trabajo subordinado: Se refiere a que la prestación del servicio por parte de dicho trabajador es para atender las órdenes de la empresa *Outsourcer*, quien se constituye como el empleador que recibe las pérdidas y ganancias del trabajo dependiente.

⁹⁷ Hugo Maul Rivas y Lisardo Bolaños Fletes, *El impacto del comercio de servicios en el empleo: el sector call centers y servicio al cliente en Guatemala*, (Guatemala: Organización Internacional del Trabajo, 2013), 11, http://www.ilo.org/wcssp5/groups/public/d_emp/documents/publication/wcms_218869.pdf, se desarrolla el tema del sector *call center* y su implementación en un comercio transfronterizo, por tal motivo se ha hecho un intento de acoplarlo al trabajo *Outsourcing*.

d) Trabajo lícito: Aunque este tipo de trabajo triangular no esté tipificado expresamente, no deja de aplicarse las disposiciones laborales del trabajo en general, puesto que los Arts. 1 y 2 del Código de Trabajo no hacen distinción del tipo de relación de trabajo que regula. La actividad realizada por este tipo de trabajadores no está prohibida por la norma laboral y tampoco se le considera como un hecho delictivo.

e) Trabajo asalariado: La subordinación del trabajador al patrono tiene una finalidad económica que deriva de un contrato individual del trabajo. Debido a que quien recibe el servicio o la actividad realizada por el trabajador no es el mismo que remunera, ya que es la empresa *Outsourcer* quien cumple con el rol de empleador, haciéndose cargo de la remuneración y demás prestaciones sociales.

f) Trabajo cuasi-formal.⁹⁸ La palabra cuasi es latina, deriva del vocablo “quasi” y su significado es “casi”, o sea que designa algo que se aproxima al concepto de que se trata.⁹⁹ Este tipo de contrato moderno, al distorsionar la relación jurídica laboral, no permite una total protección por parte de la misma, lo cual incide en que las empresas *Outsourcer*, no garanticen la aplicación eficaz de la legislación laboral a los trabajadores que contratan.

2.2.3. Clasificación del trabajo *Outsourcing*.

El sistema organizativo de las empresas tiende a ser denominado como clásico, en virtud de poseer estructuras verticales y jerarquizadas, pero al

⁹⁸ Vid. Ernesto Pastrana et. al., *Informe sobre las características del trabajo informal en el sector de la industria de la construcción en el AMBA*, (Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República de Argentina, 2008), 150.

⁹⁹ Diccionario en línea: diccionario.com, s.v. “cuasi”, acceso el 27 de octubre de 2014, <http://deconceptos.com/general/cuasi>.

adoptar la descentralización de las actividades productivas a través del *Outsourcing*, la estructura empresarial cambia a horizontal y permite llevar a cabo procesos de decisiones descentralizadas en equipos interfuncionales, permitiendo que la empresa se adapte mejor al nuevo entorno competitivo. En el *Outsourcing*, se distinguen dos enfoques clásicos:¹⁰⁰El *Outsourcing* operativo, cuyo objetivo pasa por la externalización de actividades poco importantes para la empresa; y el *Outsourcing* estratégico que, a diferencia del anterior, consiste en la externalización de actividades muy importantes a través de una relación de cooperación con el proveedor que crece conforme aumenta la interdependencia entre la función externalizada y el resto de los procesos de negocio.

El *Outsourcing* es conocido como la descentralización productiva, externalización de actividades; el cual, puede ser aplicable a casi todos los servicios de una empresa, desde el área de contabilidad, entregas del producto terminado, la limpieza, los *call center*. Cada vez más la empresa cliente maneja un personal reducido como contratos directos y casi todas sus funciones son confiadas a las empresas *Outsourcer*. Estas empresas llevan a cabo el *Outsourcing* internacional, que se realiza de un país a otro.¹⁰¹

El *Outsourcing* se da de manera internacional, por lo que se trata de un comercio trans-fronterizo. Esto se explica cómo el proceso mediante el cual una Empresa A en el país A subcontrata (*Outsourcing*) sus procesos productivos a una empresa B en el país B, la cadena de valor de los servicios externalizados puede incluir una gran cantidad de servicios. Estos servicios externalizados pueden subdividirse en tres grandes bloques:¹⁰²

¹⁰⁰ Fernández, La descentralización, 189.

¹⁰¹ Instituto Sindical, La Tercerización del empleo, 22.

¹⁰² Rivas, Bolaños, El impacto del comercio, 12.

Subcontratación de Tecnologías de la Información o *Information Technology Outsourcing* (ITO): se orienta principalmente a subcontratar servicios relacionados con el desarrollo de *software* o administración de redes y servidores.

Subcontratación de Procesos del Conocimiento o *Knowledge Process Outsourcing* (KPO). Esta es una etapa con un mayor valor agregado que la etapa de BPO. Esto incluye subcontratar la innovación o los análisis financieros o legales.

Subcontratación de los Procesos de Negocio o *Business Process Outsourcing* (BPO). La externalización se da en servicios que no son el “núcleo competitivo”, es decir, actividades necesarias para la empresa, pero que puede delegarlas a un tercero sin perder su capacidad competitiva, como lo sería el trabajo *Outsourcing* de llamadas telefónicas (*call centers*). Estas requieren un mayor nivel de interacción con el cliente. En esta clasificación, encontramos que el caso del BPO, es en donde se ubica el *Outsourcing* de tipo estratégico, existiendo una dependencia entre las funciones descentralizadas con las funciones del giro de la empresa cliente. Tal es el caso de los *Call center*.

2.3. El Trabajo Outsourcing de modalidad BPO como un beneficio para el sistema empresarial.

La Subcontratación de Procesos de Negocio, según nuestra legislación, el término Subcontratación, se confunde con otras figuras jurídicas. Más adelante se diferenciara éstas del trabajo *Outsourcing*. Por lo que el BPO, es una externalización de procesos de negocio, siendo este un término más acorde. Es así que las áreas dentro de una empresa cliente que son

realizadas por trabajadores contratados por las empresas *Outsourcer* de modalidad BPO, son:¹⁰³

a) BPO de Administración y Finanzas. Incluye el análisis financiero, reporte y planeamiento financiero, contabilidad gerencial, gestión de tesorería y caja, pago y recibo de cuentas, administración de riesgo e impuestos.

b) BPO de Recursos Humanos. Especialmente centrado en servicio de captación de candidatos.

c) BPO de Servicios de Gestión de la Información. Control del flujo de la información, de los medios de soporte (hardware, software), así como todo lo relacionado con tecnologías de la información y la comunicación.

d) BPO de Servicios de *Customer Contact*. Call centers, servicio de atención al cliente, de reclamaciones, etc., en este último tipo de BPO, se centralizará esta investigación, pues en esta forma de trabajo *Outsourcing*, es donde se refleja más la utilización de personal para la realización de un servicio requerido por la empresa cliente. El BPO de Servicios de *Customer Contact* pretende mejorar el enfoque de la empresa cliente, al concentrarse en procesos clave del negocio y desligarse de los procesos no centrales.

De esta manera, el cliente se libera de los costos que provienen de la subutilización de los recursos, capacitación y entrenamiento; ésto en virtud de que la empresa *Outsourcer* de *BPO Customer Contact* ya tiene el personal (trabajadores) especializado en ejecutar la actividad externalizada.

¹⁰³ Astrid Vanessa Castro Cortez y Carlos Hernán Gómez, "Compilación bibliográfica Business Process Outsourcing BPO" (tesis de postgrado, Universidad de Caldas de Colombia, 2010), 26.

Este tipo de *Outsourcing* posee como personal a aquellos que en su mayoría poseen un grado de preparación universitaria, además de un dominio en el idioma inglés, debido a que en su mayoría las empresas *Outsourcer* que prestan servicios de *Customer Contact*, se debe utilizar este idioma. Pero al ser este personal “calificado”, ¿Desde cuándo se han valido de estos trabajadores tanto las empresas nacionales como extranjeras radicadas en nuestro país? ¿Cuál es la historia de estos trabajadores que prestan servicios de BPO *Customer Contact* en El Salvador? Estas interrogantes serán abordadas en el siguiente acápite.

2.4. Contexto histórico y jurídico del sector laboral *Call Center*.

La industria emergente de los *call center*, es desarrollada en el marco del capitalismo post-industrial, dando cabida en países subdesarrollados y en vías de desarrollo, por las políticas neoliberales implementadas por los gobiernos de los mismos. Hay que conocer entonces el germen de este sector y es así que esta industria se desarrolló a partir de la década de 1970 para resolver las necesidades de empresas que requerían masificar la atención y en general el contacto con consumidores o potenciales clientes.¹⁰⁴ Los *call center*, a nivel mundial, nacieron de la oportunidad de prestar un servicio inmediato al cliente a través del teléfono, al principio eran únicamente informativos y tenían un carácter de servicio adicional a la oferta principal del producto, posteriormente se expandió considerablemente, debido a dos factores:¹⁰⁵ Fuerte competencia: que convirtió un servicio de

¹⁰⁴ Jordy Micheli Thirión, “Los call centers y los nuevos trabajos del siglo XXI”, *Revista Confines*, n. 3-5 (2007): 50, <http://confines.mty.itesm.mx/articulos5/MicheliJ.pdf>.

¹⁰⁵ Rosa George, Ligia Pérez y Franklin Avendaño, “Propuesta de un programa de entrenamiento continuo que permita mejorar el servicio al cliente en las grandes empresas proveedoras de servicios de *call center* ubicadas en el municipio de San Salvador. Caso práctico: ATENTO El Salvador, S.A. de C.V.” (tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2008), 1-2, <http://www.wisis.ufg.edu.sv/wwwisis/documentos/TE/658.45-G34Capitulo%20I.pdf>

lujo en un canal habitual y necesario de contacto con el cliente; y fuerte demanda del cliente particular: que cada vez goza de menos tiempo de ocio y por tanto le da más valor a su tiempo libre. Se puede concluir entonces que los *call center* iniciaron su existencia básicamente como nuevas funciones que ejercían las empresas interesadas en las ventas por teléfono o bien la atención a sus clientes. Poco tiempo después, este servicio fue ofrecido como *Outsourcing* por nuevas empresas que se dedicaban íntegramente a desarrollar las diversas prácticas de los *call center*.¹⁰⁶ Al principio las empresas que se dedicaban a su núcleo del negocio, realizaban además otra actividad complementaria, como la actividad de contacto o atención con sus clientes, por medio de la telefonía, pero asumida internamente en la empresa.

Luego, con la fuerte competencia empresarial y la alta demanda de sus clientes de resolver sus necesidades en cuanto a los bienes, servicios adquiridos, o asesoría en otros servicios, estas empresas deciden desprenderse de esa actividad complementaria de *Customer Contact* para derivarla o encargarla a un tercero especializado en este tipo de actividad. Cabe aclarar, que cuando se hace referencia al cliente, se hace referencia a los clientes de la empresa beneficiaria que externalizó el servicio de *call center* a una empresa *Outsourcer*, por tanto los que utilizan este servicio son los consumidores adquirentes de los bienes o servicios de la empresa beneficiaria. En ese sentido, diversas transformaciones en el ámbito de la telefonía tradicional hasta su convergencia con la tecnología digital, ha sido posible la utilización intensiva e innovadora de las habilidades de interacciones mercantiles: el telemercado.¹⁰⁷ Tomando en cuenta lo anterior, los datos sobre el tamaño de esta industria en la escala internacional son

¹⁰⁶ Thiri6n, Los call centers, 51.

¹⁰⁷ *Ibíd.* 50

diversos, con una colección de estimados, pues se calcula la existencia de una fuerza de trabajo de 2.86 millones de personas en Estados Unidos, según el monitor de datos en el año 2004, aunque autores más especializados como Moss, Salzman y Tilly, señalan la existencia entre los 2.5 millones y 6.5 millones de personas, solo para el año 2004.¹⁰⁸

Para otros países, existe una recopilación de datos a partir de diversas fuentes, que nos ilustra el siguiente escenario: Europa cuenta con 750 mil personas operando en esta industria (Datamonitor 2004), en Francia hay 200 mil (Novethic 2005), una cantidad similar a la de México que tiene casi 190 mil personas (Instituto Mexicano del Telemarketing, 2005), en Centroamérica y el Caribe se espera la creación de 24 mil empleos en los años próximos (estimación de la empresa Avaya).¹⁰⁹ El *Outsourcing* en El Salvador, se lanzó como un destino de esa modalidad de servicios laborales en el período 2004-2005, las empresas llamadas “*call centers*” iniciaron sus operaciones en el país, dando, desde ese momento, los puestos de trabajo generados por esa industria tercerizadora en donde pasaron de 1.000 a más de 9.000 en el año 2010, cifras demostrativas del atractivo del país como destino de *Outsourcing*.¹¹⁰

En ese sentido, desde 1970 hasta la actualidad, ha ido evolucionando la tecnología y el mercado competitivo, en donde se ha enseñado a los usuarios (clientes adquirentes de la empresa beneficiaria), a reclamar servicios de valor añadido y a exigir la forma en cómo quieren relacionarse con la empresa que brinda dicho servicio o bien, en donde se propicia la interacción del cliente-empresa, por medio de teléfono. El trabajo

¹⁰⁸ *Ibíd.* 49.

¹⁰⁹ *Ibíd.* 49.

¹¹⁰ Molina, Externalización del trabajo, 6.

Outsourcing de atención al cliente, lo realiza un personal calificado, desempeñando sus labores externalizadas en los *call center* pero ¿Qué es un *call center*? Es necesario ubicarse en el nuevo espacio de interacción mercantil, es decir, el *telemarketing* o telemercado y este consiste en la actividad que ejerce un operador o asesor comercial utilizando el teléfono para comercializar o realizar tareas de atención al cliente acerca de un producto o servicio determinado.¹¹¹

Existe otro ámbito más sensibilizador del mismo, es decir, un ámbito más humanístico, por lo que se pretende señalar algunas definiciones a continuación¹¹²: Para Sakata Ingenieros, un *Call Center* es aquel que provee a la empresa de los elementos necesarios para, con un servicio centralizado vía telefónica, establezca relaciones de mutuo beneficio, con sus clientes, proveedores, etc. También señalan que es una unidad funcional dentro de la empresa (o bien una empresa en si misma) diseñada para manejar grandes volúmenes de llamadas telefónicas entrantes y salientes desde y hacia sus clientes, con el propósito de dar soporte a las operaciones cotidianas de la entidad.

Para la Cia. Serintel de Chile, el *Call Center* es una herramienta que se diseña y construye, "a medida", atendiendo las necesidades que plantean las áreas comerciales. A los requerimientos y necesidades de esas áreas es necesario incorporar criterios de calidad, los que se traducen en requerimientos de equipamiento y recursos humanos del *Call Center*. La consultora de *Call Center One to One*, define como un centro de llamadas

¹¹¹ "Los Recursos Humanos, Introducción al conocimiento del trabajo del telemarketer", acceso el día 5 de noviembre de 2014, <http://www.losrecursoshumanos.com/introduccion-alconocimiento-del-trabajo-del-telemarketer>.

¹¹² Javier Vásquez Aguilar, "¿Qué es un Call Center?", *Gestiopolis*, n. 61 (2003): 7, <http://www.gestiopolis.com/canales/demarketing/articulos/61/callcenter.htm>.

que es un sistema integrado de telefonía y computación orientado a potenciar las tres labores más importantes de una empresa: adquisición de clientes, conservación de clientes y cobranzas. Se puede concluir, que el *call center*, es una unidad funcional y sistematizada dentro de una empresa especializada y que su principal enfoque es la de brindar un servicio transable, dicho servicio se realiza por medio de un sistema integrado de telefonía, computación y de recursos humanos capacitados.

Una vez definido lo que es un *call center*, se tiene que tener claro como estas empresas especializadas de atención al cliente, pueden brindar dichos servicios en El Salvador. Ya se expresó que los servicios realizados por los *call center*, se pueden exportar, es decir, que muchas de las empresas que prestan un servicio a sus clientes, son empresas extranjeras. Por medio de la globalización, el alto atractivo de El Salvador sobre el *Business Process Outsourcing*, fue permitido por el GATS¹¹³ y los TLC¹¹⁴ en donde se propiciaba el comercio de servicios en el exterior y la instalación de empresas extranjeras. Es así, que para que las empresas de *call center* puedan brindar el servicio especializado desde El Salvador destinado tanto al interior o exterior del mismo, deben estar regidas por las siguientes leyes:¹¹⁵

a) Código de comercio de El Salvador: Las empresas que brindan los servicios de *call center* de atención al cliente, al ser un comerciante social extranjero, se debe sujetar a las disposiciones del Código de Comercio y demás leyes de la República de El Salvador. Por consiguiente, se deben sujetar a las disposiciones del Capítulo I Título II, Libro Primero del Código de

¹¹³ Vid. Rivas, Bolaños, El impacto del comercio, 11.

¹¹⁴ Vid. Ministerio de Economía de El Salvador, "Tratados de Libre Comercio", acceso el 05 de noviembre de 2014, <http://www.minec.gob.sv>. Siglas que significan Tratados de Libre Comercio.

¹¹⁵ George, et. al., Programa de entrenamiento call center, 12.

Comercio, en cuanto a las disposiciones generales de los comerciantes sociales. Sin embargo, es de mencionar que en la práctica, estas sociedades siempre son sociedades de capital y a la vez sociedades anónimas, debido al interés económico del comerciante. Para la realización del servicio externalizado de *Call center*, no se requieren socios que aporten distinto al dinero, ni tampoco es esencial la confianza personal entre ellos, lo que se busca es maximizar el negocio, el cual es brindar de una manera eficiente el servicio externalizado. De esta manera, si quieren operar en el país, la sociedad anónima, se debe de constituir por escritura pública e inscribirse al respectivo Registro de Comercio, además de sujetarse a todas las formalidades que para la constitución de sociedades anónimas se exige. Todo de conformidad a los Arts. 2, 17, 18, 24, 191, 192 y 193, todos del Código de Comercio.

b) Ley de Zonas Francas: Estas empresas extranjeras de *call center*, se ubican en un establecimiento denominado centros de servicios, el cual en el ordenamiento jurídico salvadoreño, se considera que es un área delimitada y aislada fuera del territorio aduanero nacional, ya que se considera como una zona que goza de extraterritorialidad aduanera, por lo que no están sujetos a pagar impuestos de importación de los mismos y se autoriza el establecimiento de estas empresas, sin sujetarse a dicho impuesto.

Estas empresas extranjeras deben dedicarse entonces a la prestación de servicios internacionales, jurídicamente se conoce como centro internacional de llamadas, que a su vez adopta el nombre de *call center* en el comercio internacional. En ese sentido, estas empresas por destinar sus servicios al exterior a un cliente domiciliado en el extranjero, gozan de ciertos beneficios e incentivos fiscales como: 1. La exención total de derechos arancelarios y demás impuestos que graven la importación de la maquinaria, equipo,

herramientas y demás bienes, que sean necesarios para la ejecución de la actividad incentivada. Exceptuándose, de este beneficio a aquellos bienes o servicios que no forman parte del giro de estas empresas; 2. Exención del Impuesto sobre la Renta, exclusivamente por los ingresos provenientes de la actividad incentivada, durante el período que realicen sus operaciones en el país, contados a partir del inicio de operaciones. Esta exención, en caso de las sociedades, se aplicará tanto a la Sociedad titular como a los socios individualmente considerados, respecto a las utilidades o dividendos provenientes de la actividad favorecida; y 3. Exención de los impuestos municipales sobre el activo de la empresa, durante el período que realicen sus operaciones en el país, contados a partir del inicio de operaciones. Lo antes planteado, de conformidad a los Arts. 1, 2, 3, 5, 8, 24 y 25 de la Ley de Servicios Internacionales.

c) Ley de impuesto sobre la renta: Al ser las empresas de *call center* de atención al cliente, un sujeto pasivo de la obligación tributaria del pago del impuesto sobre la renta, debido a que obtienen renta proveniente de la actividad empresarial que en este caso es comercial, deben de pagar dicho impuesto en un ejercicio de imposición comprendido desde el primero de enero hasta el treinta y uno de diciembre para efectos del cálculo del mismo. Todo esto de conformidad a los Arts. 2, 5, 13 y 24 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de El Salvador. Existe contradicción con la exención establecida en la ley de servicios internacionales, con respecto a la exención del impuesto sobre la renta antes planteado; pero aunque sean normas secundarias de igual rango, prevalece la norma especial a la general.

De acuerdo a todo lo antes mencionado, no hay que dejar de lado al que en verdad realiza el servicio internacional de llamadas, el cual es el agente teleoperador, que se encarga no solo contestar las llamadas sino también de

asesorar y atender cualquier inquietud de los clientes de la empresa extranjera. Pero este trabajador, queda sometido a la dependencia técnica y administrativa de la empresa Cliente que externaliza el servicio internacional de centros de llamadas y queda además sometido a la dependencia salarial y contractual de la empresa para la cual realiza dicha actividad delegada. Esta situación, genera un impacto negativo en los derechos y obligaciones de este tipo de trabajadores, lo cual se demostrará a continuación.

CAPITULO III. INEFICACIA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR EMPRESAS *OUTSOURCER* BAJO LA MODALIDAD BPO (*CALL CENTER*).

Para que las personas naturales puedan realizar sus labores o prestar sus servicios en los centros internacionales de llamadas conocidas como *call center*, es necesario que los una un vínculo jurídico laboral que se materializa en un contrato individual de trabajo, sobre este punto y sobre si se cumple el fin de la norma (eficacia funcional) que posee esta fuente formal del Derecho Laboral, se tratará en este capítulo.

3.1. Definición y regulación del contrato individual de trabajo.

En lo largo de la historia se han desarrollado varias teorías que explican la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo. En ese sentido, el contrato individual de trabajo posee diversos esquemas tradicionales que explican su naturaleza jurídica, los cuales pueden dividirse en:

a) Teoría contractualista: parte del supuesto de que el Derecho del Trabajo es, por su naturaleza, de Derecho privado, concretamente dentro del Derecho de las Obligaciones. Esta teoría tuvo su auge dentro del liberalismo clásico, teniendo como principio absoluto la autonomía de la voluntad. Trayendo como consecuencia, que el Derecho Laboral no fuese considerado como una rama independiente dentro del ordenamiento jurídico si no que fuese absorbido dentro del Derecho común. Dentro de esta corriente, se encuentran las siguientes teorías:

b) Teoría del arrendamiento: esta es formulada principalmente por Planiol, quien considera La cosa arrendada consiste en la fuerza de trabajo de cada

persona, energía utilizable por otro, como la de una maquina o la de un caballo. Viendo, así las cosas, el trabajador vendría a ser el arrendante el patrono el arrendatario. La crítica a esta teoría radica en que en un contrato de arrendamiento hay que hacer la entrega material de una cosa para que el arrendatario se sirva de ella y por lo tanto hay obligación de devolverla. Pero la fuerza de trabajo no se puede devolver, ya que el trabajo no se puede comparar a una cosa puesto que es inseparable del trabajador.

c) Teoría de la compraventa: de acuerdo a esta teoría se sostiene que el trabajador vende al empleador su trabajo por un precio convenido, en donde eso es una venta y hace que esté sujeto a las leyes de la oferta y la demanda. Tal como la plantea Francesco Carnelutti, quien considera al contrato de trabajo como una compraventa, pero dice que lo que se compra es la energía, la fuerza del trabajador, de igual manera que se compra la energía eléctrica.¹¹⁶ Para el marxismo sigue siendo una compraventa en lo que el mundo Capitalista se refiere.¹¹⁷ Sin embargo, el trabajo este no puede ser considerado como un artículo de comercio ya que posee un contenido social, es decir, tiene una función social, tal como lo establece el Art. 37 de la Constitución.¹¹⁸

d) Teoría del contrato de sociedad: establece que así como en el contrato de sociedad, en el de trabajo las partes ponen algo en común, con miras a distribuirse entre ellas los beneficios que resulten; uno de los contratantes, el

¹¹⁶ Franklin Ascencio Cruz, Daysi Quezada y Claudia López, "Obligaciones y prohibiciones de los trabajadores y patronos aplicada en el Derecho Individual de Trabajo", (tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2008), 15, <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/344.01-A811o/344.01-A811o.pdf>.

¹¹⁷ Carlos Ferrufino, *Los sujetos del Derecho del trabajo, la sustitución patronal y la relación de trabajo*, (S. Ed., S.E., S.F.), 40.

¹¹⁸ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

patrono, lleva su industria y su capital en tanto que la otra, el trabajador, aporta su trabajo, es decir, que ambos realizan aportes y se dividen los beneficios.¹¹⁹ Con respecto a esta teoría, las objeciones son aún mayores, ya que: no existe ánimo de formar una sociedad; no hay un fin común.

e) Teoría del Mandato: Cuando esta teoría se confronta con la realidad pierde credibilidad, pues el contrato de trabajo no puede constituir un mandato; en éste la idea de representación forma parte de su esencia, lo que no sucede en el de trabajo; habrá ocasiones en que el trabajador representa al patrono frente a terceros, pero esta representación será accidental. Es evidente que todas estas teorías civilistas, han caído en crisis y la figura del contrato se sustituye ahora por la teoría de la relación de trabajo.

f) Teoría de la Relación de Trabajo: La figura del contrato de trabajo pierde importancia, el mutuo acuerdo de voluntades no es tomado en consideración a efecto de fundamentar la vinculación jurídica de carácter laboral existente entre patrono y trabajador; dicha vinculación jurídica tiene como origen la prestación efectiva de un servicio bajo condiciones de subordinación; sólo cuando esto último ocurra, se aplicará el Derecho del Trabajo a la clase trabajadora. Para que la relación de trabajo exista, se contrata y el trabajo no se ejecuta, la legislación laboral nunca se aplica porque no hay trabajador que proteger. Lo que importa para aplicar el Derecho del Trabajo no es lo que las partes han convenido, sino la situación real.

El Código de Trabajo de El Salvador, respalda tanto la teoría contractualista, como la teoría de la relación de trabajo, ya que el Art. 1 de dicho cuerpo normativo, establece el objeto principal del mismo, el cual es

¹¹⁹ Ferrufino, Los sujetos del Derecho del trabajo, 43.

armonizar *las relaciones* entre patronos y trabajadores, asimismo, el Art. 20 de dicho Código presume la existencia de una relación laboral, aun sin la figura del contrato; es decir, que el Código también adopta la postura anticontractualista.

La postura de este trabajo de investigación, es respaldar tanto la teoría de la relación de trabajo, como la teoría contractualista, ya que con respecto al contrato *BPO* implementado por los *Call Center*, se evidencian dos tipos de relaciones jurídicas laborales. El primer tipo es entre la empresa *Outsourcer* con el Agente teleoperador, dicha relación está basada en la teoría contractualista. El segundo tipo es entre la empresa cliente y el agente teleoperador, ya que esta se basa en la teoría de la relación de trabajo, puesto que se lleva a cabo la prestación y ejecución de servicios de asistencia técnica y atención al cliente, dentro de una relación de subordinación técnica y administrativa por parte de la empresa cliente.

Por este tipo de contratación, es que las empresas en esta economía globalizada optan por recurrir a estas prácticas empresariales, para despojarse de responsabilidad laboral, consolidando una economía informal que se caracteriza por tener distintos tipos de relaciones laborales que al mismo tiempo carecen de regulación y no obedecen las reglamentaciones legales existentes.¹²⁰ Una vez concluido con la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo, es necesario definir al mismo. Según Francisco de Ferrari¹²¹, éste es aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dependencia de otra o estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero.

¹²⁰ “Subgerencia Cultural del Banco de la República, Economía informal”, acceso el día 28 de junio de 2015, <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareaseconomia/economiainformal>.

¹²¹ Francisco de Ferrari, *Derecho del trabajo*, 2ª ed. (Buenos Aires: Depalma, 1969), 73.

Uno de los clásicos más reconocidos por la doctrina es el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, quien lo plantea en los términos siguientes: “es el que tiene por objeto la prestación continua de servicios privados y con carácter económico, por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”.¹²² Cabanellas hace referencia únicamente al trabajador que está bajo la dependencia de una empresa privada, dejando de lado al trabajador público al que le es aplicable otro marco jurídico normativo.

Esto no quiere decir que el Código de Trabajo se aplique única y exclusivamente a los trabajadores privados, ya que existe cierto tipo de relación jurídica que une a un empleado público con la Administración Pública, Art. 2 literal b) e inciso segundo del Código de Trabajo. La definición jurídica del contrato individual de trabajo se contempla en el Art. 17 del mismo cuerpo normativo.¹²³ Es necesario establecer la diferencia entre éste y la relación de trabajo antes mencionada. Mario de la Cueva, al citar a Erich Molitor¹²⁴ en su obra *Derecho Mexicano del Trabajo*, establece que el contrato individual de trabajo es un acuerdo de voluntades para la prestación del trabajo futuro, mientras que la relación está referida a la prestación efectiva del servicio. De la Cueva, continúa afirmando que la relación de trabajo es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación de servicios.¹²⁵

A la relación laboral no le interesa la existencia o no del contrato, pues los vínculos jurídicos de carácter laboral existentes entre trabajadores y

¹²² *Diccionario de Derecho usual*, 11° ed., tomo 1, s.v. “Contrato Individual de Trabajo”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/29.pdf>

¹²³ Código de Trabajo (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1972), artículo 17.

¹²⁴ Erich Molitor citado por Mario de la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 9ª ed. (México: Porrúa, 1966), 181-198.

¹²⁵ *Ibíd.* 404

patronos, se hacen efectivos únicamente con la prestación efectiva del servicio subordinado.¹²⁶ Estas dos figuras jurídicas no deben considerarse necesariamente como contrarias, pues en muchos de los casos el contrato antecede a la relación laboral, tal planteamiento es respaldado por Guillermo Cabanellas, quien expresa que el contrato de trabajo es el contrato causal que fundamenta la obligación de prestación de trabajo.¹²⁷ En ese sentido, se analizará los elementos que lo componen.

3.2. Elementos del contrato individual de trabajo.

Si bien es cierto que doctrinariamente no se han desarrollado los elementos de este contrato; se ha recurrido, a los elementos esenciales de la doctrina civil, tales como, el consentimiento, la capacidad, objeto, y causa lícita. No obstante, existen elementos que pueden denominarse propios de este contrato, los cuales se desarrollan de la siguiente manera:

a) Subordinación. su etimología latina significa “Sub-bajo y ordinare-ordenar”, es el sometimiento o sujeción a poder. Pero de ahí que por la función social del trabajo y por la dignidad personal del trabajador, se excluye, desde hace mucho tiempo que resulte aplicable en lo laboral, la aceptación despectiva de inferioridad de situación. La subordinación como lo enuncia Guillermo Cabanellas: “equivale al estado de limitación de la autonomía de la voluntad del trabajador, sometido a la potestad patronal por razón de su contrato y en el desempeño de sus servicios, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa”¹²⁸. Donde haya

¹²⁶ Anibal Ernesto Henríquez Domínguez, “Los sujetos del Derecho del Trabajo” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1970), 18.

¹²⁷ *Ibíd.* 15.

¹²⁸ Guillermo Cabanellas, *Compendio de Derecho Laboral*, (Buenos Aires: Omeba, 1968), 394.

subordinación, ipso jure, hay un verdadero contrato de trabajo¹²⁹. Ludovico Barassi dice que la subordinación o dependencia se caracteriza de la siguiente manera: El trabajador se encuentra respecto de la empresa en un estado de subordinación que se originó en un acto jurídico y que implica para el empleador la facultad jurídica de mando y para el empleado la de obedecer.¹³⁰ En ese sentido La subordinación laboral, obedece a tres tipos:

Económica: Porque existe una finalidad económica que deriva del contrato;
Técnica: Pues recibe instrucciones y directrices de cómo debe realizar el trabajo; y Jurídica: que implica la potestad de dar órdenes para lograr una mejor producción – rendimiento. (Arts. 31 n°2 CT; 50 n° 16 CT), además debe existir un poder de organización, en el cual el patrono crea una estructura en la empresa de la forma más conveniente a efecto de alcanzar una mejor producción. Asimismo, el poder de planificación, en el cual el patrono decide que va a producir y cómo producir, además de cuánto pagará; de igual modo el poder de fiscalización, el cual es el preámbulo al poder disciplinario (Arts. 302 y sig. CT.).

Se utiliza el poder normativo y *iusvariandi* que faculta al patrono a variar de forma unilateral las condiciones originalmente pactadas, siempre que sea para beneficio de la producción. Cuando se trata del caso en estudio, es decir, de los agentes teleoperadores que son contratados por empresas *Outsourcer* dedicadas al *BPO*, éstos desarrollan una labor que es doblemente subordinada. Tal subordinación se materializa no solo con la empresa *Outsourcer* sino que también con la empresa Cliente, ya que en el primer caso la subordinación es de tipo económica y jurídica, pero la subordinación técnica está a cargo de las empresas clientes, esto implica,

¹²⁹ Álvaro García Solano, *Derecho del trabajo* (Bogotá: Editorial TEMIS, 1981), 148 y ss.

¹³⁰ *Ibíd.* 25.

que son estas empresas las que indican a los agentes teleoperadores bajo qué directrices realizarán el trabajo para el cual fueron contratados.

b) Prestación de servicios. La prestación ha de ser de subordinación voluntariamente aceptada; el trabajador debe ser una persona natural. Es indiferente la clase de servicio, puede ser físico, intelectual; no es necesario que sea un factor en la producción y así, e incluso puede darse el caso que se celebre un contrato de trabajo y el objeto consista en mantenerse en estado de disponibilidad para verificar determinado trabajo. De esta manera, el servicio que prestan los agentes teleoperadores, está referido a Asistencia Técnica, destinado a las empresas clientes descentralizadas.

c) Continuidad. no es menester que el empleado trabaje todo el día, o sea, durante la jornada laboral. La Ley fija la duración máxima de esa jornada, no estableciendo, en cambio, duración mínima alguna. Por consiguiente nadie duda del “trabajo continuado” aún cuando el horario de trabajo tenga una duración de seis horas en lugar de ocho legales. Los agentes teleoperadores, tienen una periodicidad en el ejercicio de sus actividades, si bien es cierto existe una disparidad en cuanto al tiempo para el cual han sido contratados (a plazo), esto no implica que no se encuentre el elemento continuidad en los servicios que ellos prestan a las empresas clientes.

d) Salario: Esta remuneración es la denominada salario y debe existir como resultado de un acuerdo expreso o tácito, en donde en el Contrato Individual de Trabajo no puede faltar dicho elemento, ya que perdería su naturaleza y se convertiría en cualquier clase de contrato o cuasicontrato. Los agentes teleoperadores aunque prestan un servicios a una empresa cliente determinada, no es ésta quien remunera tal prestación, sino la empresa *Outsourcer* de BPO.

3.3. Características del contrato de trabajo.

Las características del contrato de trabajo pueden determinarse de la siguiente manera: de acuerdo a las notas distintivas del Derecho privado; y de acuerdo a las peculiaridades que le dan una fisonomía especial. En ese sentido, se puede afirmar que el contrato individual de trabajo posee características generales que posee todo contrato y características específicas que son distintivas de otros contratos. Por lo que entre las características generales se encuentran:

1. Bilateralidad:¹³¹ ya que las partes (trabajador y empleador) se obligan recíprocamente, de acuerdo al Art. 1310 del Código Civil. Es decir, el trabajador o agente teleoperador, se obliga a prestar el servicio convenido, ya sea operativo o estratégico, mientras que el empleador o empresa *Outsourcer*, se obliga a retribuir tal servicio en la forma concertada.

2. Onerosidad: por que reporta utilidades para ambas partes, de acuerdo al Art. 1311 del Código Civil. Esto significa que el patrono, de la fuerza de trabajo que recibe produce un resultado económico traducido en el objeto social de la empresa, esto es en la prestación del servicio de atención al cliente y la equivalencia de esto para el trabajador es el salario por la prestación de dicho servicio

3. Conmutativo: Las prestaciones se ven como equivalentes, de acuerdo al Art. 1312 del Código Civil. En el caso del contrato de trabajo, lo conmutativo resulta en que el salario que paga el patrono es equivalente al servicio prestado por el trabajador.

¹³¹ Walter Girón Torres y Deximo Maldonado Melara, "El Contrato Individual de Trabajo" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1993), 76.

4. Principal: es decir que el contrato de trabajo subsiste por sí mismo, no necesita de otra convención, de acuerdo al Art. 1313 del Código Civil. Sin embargo, con respecto al contrato individual de trabajo *Outsourcing*, existe una dependencia contractual para que subsista el mismo, ya que si no se realiza una convención previa entre la empresa cliente y la empresa *Outsourcer*, para la prestación del servicio, no existiría ningún contrato individual de trabajo.

5. Consensual: ya que el contrato de trabajo se perfecciona con el solo consentimiento de las partes (trabajador-empleador), de acuerdo al Art. 1314 del Código Civil. Sobre este punto, es necesario tomar en cuenta el tema del trabajador menor de edad, para no caer en el error de pensar que cualquier trabajador puede laborar a la edad que sea, con el solo consentimiento. Es por ello que en el Art. 59 de la LEPINA¹³², se establece la edad mínima para que una persona pueda realizar actividades laborales, la cual es de 14 años de edad, siempre y cuando se garantice el respeto de sus derechos y no perjudique el acceso y derecho a la educación.

6. Escrito. Se puede afirmar que la falta de contrato escrito será imputable al patrono y en caso de conflicto una vez probada la existencia del mismo se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador en su demanda (Art. 413 del Código de Trabajo). En ese sentido, el contrato individual de trabajo así como su modificación o prorroga deberá constar por escrito de acuerdo al Art. 18 del mismo cuerpo normativo; sin embargo, excepcionalmente podrá ser verbal en el caso de la trabajadora doméstica y el del trabajador agropecuario, no dejando de lado la presunción del Art. 20 de la normativa antes mencionada.

¹³² Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009) Art. 58.

7. Tracto sucesivo: muchos autores consideran que el contrato individual de trabajo, es de tracto sucesivo, por lo que no hay duda que dicho contrato en su ejecución y desarrollo se va desarrollando en el transcurso del tiempo y que día a día surge para el agente teleoperador, la obligación de acudir al sitio de trabajo (*call center*); además de surgir la obligación del empleador, de mantener la relación obligacional. Ahora bien, entre las características específicas del contrato individual de trabajo se encuentran.¹³³

1. Exclusividad: es el hecho de que el trabajador esté sujeto a trabajar para un solo patrono, entendiéndose así en una sola jornada o en diferentes jornadas pero sucesivas. Lo anterior, aplicable a los agentes teleoperadores, es que ellos pueden prestar sus servicios a varias empresas clientes, pero solo pueden estar bajo la dependencia económica y jurídica de una sola empresa *Outsourcer*, en varias jornadas sucesivas.

2. Profesionalidad: según Guillermo Cabanellas,¹³⁴ esta se refiere a la condición inherente al trabajador en cuanto presta los servicios propios de un empleo, facultad u oficio. En ese sentido, el agente teleoperador presta sus servicios en virtud del contrato de trabajo celebrado con la empresa *Outsourcer*.

3. Estabilidad: teóricamente consiste en que el trabajador solo puede ser despedido en virtud de una justa causa que le fuere imputable, taxativamente por la ley y demostrado previamente en juicio.¹³⁵ Para el caso de los

¹³³ *Ibid.* 79.

¹³⁴ *Diccionario jurídico elemental*, s.v., "profesionalidad", acceso el día 23 de junio de 2015 <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres#scribd>.

¹³⁵ Orlando Baños Pacheco, *La Estabilidad Laboral del Servidor Público en El Salvador*, (El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999), <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/55997390f1dfd1c006256b3e0073e533?OpenDocument>.

trabajadores del sector privado, existe una estabilidad relativa, siempre que que subsista el puesto de trabajo, entre otros.¹³⁶ Sin embargo, en los trabajos *Outsourcing*, acontecen despidos arbitrarios.

4. Subordinación: se puede mencionar como característica exclusiva del contrato de trabajo, la cual fue desarrollada anteriormente en el acápite 3.2. “Los elementos del contrato individual de trabajo”; se puede concluir que la subordinación es un elemento esencial que caracteriza al contrato individual de trabajo, diferente a otros.

5. Derivado: cabe aclarar que se hace referencia únicamente al contrato individual de trabajo BPO, es decir, que la empresa cliente o beneficiaria, descentraliza parte de sus actividades productivas para que otra empresa (*Outsourcer*) las realice, celebrándose de esta manera un contrato *Outsourcing* entre ambas partes, pero para que puedan realizarse se necesita de un personal calificado refiriéndose a los agentes teleoperadores, celebrándose los respectivos contratos individuales de trabajo.

3.4. Sujetos del contrato individual de trabajo.

Como se explicó anteriormente, la relación de trabajo es un nexo jurídico entre empleador y trabajador, en donde el segundo brinda una prestación de servicio a cambio de una remuneración por parte del primero, mediante un contrato de trabajo. De faltar uno de estos sujetos, la relación laboral sería inexistente y por lo tanto no habría contrato de trabajo. Ahora bien, uno de los elementos del contrato individual de trabajo es la subordinación y ello

¹³⁶ Álvaro Elías, Rafael Martínez y Roberto Torres, “Aplicación de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, en las Municipalidades del área Metropolitana de San Salvador, periodo 2007-2008” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2009), 32- 33.

vuelve necesario determinar a los sujetos que intervienen en la misma. De manera tradicional, se encuentra el patrono, quien es toda persona física o jurídica, particular o de derecho público, que emplea los servicios de otra u otras en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo. Éste puede ser una persona física o una persona jurídica¹³⁷. En el presente tema de investigación, se considera patrono dentro del trabajo *Outsourcing*, a la empresa *Outsourcer* de manera directa, ya que es esta empresa la encargada de contratar, remunerar y pagar por las prestaciones sociales de los agentes teleoperadores.

Así mismo, el Agente teleoperador, brinda sus servicios para la empresa cliente. Dicha empresa, aunque no remunera esta prestación de servicios y aunque no exista ningún tipo de contrato escrito entre esta y los agentes teleoperadores, es la encargada de dar las directrices técnicas y administrativas, de cómo se deben ejecutar los servicios prestados, concluyendo de esta manera, que la empresa cliente se considera patrono de manera indirecta de acuerdo a la teoría de la relación jurídica laboral.

El trabajador o trabajadora es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo, y por lo tanto debe estar facultada por la ley para la suscripción de un contrato.¹³⁸ El término «trabajador» es utilizado con frecuencia referido a la persona que presta servicios en una relación de trabajo, aunque en su sentido propio esa voz genérica abarcaría asimismo al trabajador independiente. En Chile, por ejemplo es «trabajador», la persona que presta

¹³⁷ Francisco Chicas et.al., *Manual Auto formativo Justicia Laboral y Derechos Humanos en El Salvador* (El Salvador: USAID, 2010), 16, <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/documentos/Manual-El-Salvador.pdf>.

¹³⁸ *Ibid.* 14.

servicios bajo dependencia o subordinación; en México, quien realiza un trabajo personal subordinado.¹³⁹ Después de definir, tanto al patrono como al trabajador, es importante resaltar que en la legislación laboral salvadoreña existen más de una forma en la que se manifiesta la figura del patrono y de igual manera existe una clasificación de trabajadores, la cual depende de la modalidad en que fueron contratados. El sujeto empleador o patrono se manifiesta de diferentes formas, según sea la modalidad de la relación laboral que se haya establecido con el trabajador¹⁴⁰.

Así tenemos: a la figura del *Representante Patronal*: (Este no es patrono) y se considera como tal aquellas personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración, se consideran a los mismos a los directores, gerentes, administradores, y en general, las personas que ejercen funciones de dirección en la empresa, de acuerdo al Art. 3 del C. Tr. Otra figura que se desarrolla en el Código de Trabajo es la del *Contratista*: Un contratista es la persona física o jurídica que contrata trabajadores que ejecutarán un trabajo en beneficio y en servicio de otra persona, pero retribuyendo este trabajo con capital propio y no de la persona a quién se realiza esta labor.

Por su parte, los *subcontratistas*, son los que contratan a personas trabajadoras que harán labores a requerimiento de un contratista. Ambos son patronos porque tienen sus propios trabajadores. Ahora bien, en cuanto a la clasificación de los trabajadores, en El Salvador la actividad laboral se desarrolla en dos grandes áreas: a) sector privado; y b) sector público. La actividad laboral en el sector privado está regida, básicamente, por el Código

¹³⁹ Organización Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo* (Suiza: Conferencia Internacional del Trabajo, 2006), 26, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

¹⁴⁰ Chicas, et. al., *Justicia Laboral y Derechos Humanos*, 16.

de Trabajo y demás leyes y reglamentos de trabajo; mientras que la actividad laboral del sector público se rige, principalmente, por la Ley de Servicio Civil, que regula la Carrera Administrativa, así como por las Disposiciones Generales de Presupuestos. Hay que tomar en cuenta que los agentes teleoperadores, forman parte de los trabajadores del rubro privado del sector servicio, y la temporalidad de su contratación dependerá de la empresa *Outsourcer*.

3.5. Contenido del Contrato Individual de Trabajo.

En materia contractual, el contenido de este tipo de contrato, hace referencia a los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos intervinientes en el mismo, es decir, Agentes Teleoperadores y empresas *Outsourcer*.

3.5.1. Derechos de los trabajadores.

Los derechos laborales son derechos humanos¹⁴¹, reconocidos como tales en los instrumentos internacionales más importantes de protección a los derechos humanos, especialmente aquellos vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁴² Los derechos laborales son los primeros en tener un reconocimiento internacional, con la promulgación de los distintos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y desde su propia constitución en 1919. El Derecho Individual de Trabajo, está referido, al conjunto de normas jurídicas que fijan las bases generales que deben regular las prestaciones individuales de servicios. De conformidad al

¹⁴¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (El Salvador: aprobado y ratificado el 10 de diciembre de 1948).

¹⁴² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (El Salvador: aprobado el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por decreto legislativo el 30 de noviembre de 1979).

Artículo 24 C.T., en los contratos individuales de trabajo se entenderán incluidos los derechos y obligaciones correspondientes, emanados de las distintas fuentes del Derecho Laboral. Tanto los establecidos en el Código de Trabajo, leyes y reglamentos de trabajo, entre otros. En este sentido, varios de los derechos laborales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los que recoge la Constitución y la legislación salvadoreña, se desarrollarán a continuación:

Derecho al trabajo: Según nuestro Código de Trabajo, en el Artículo 13, solamente se puede impedir el derecho al trabajo de una persona mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores, el derecho al trabajo es inherente a la persona. En el trabajo *Outsourcing*, lo ejecutan los Agentes teleoperadores y como cualquier otra persona tienen derecho al trabajo a menos que sea una persona incapaz de ejercerlo.

Derecho a gozar de seguridad y salud en el trabajo: Sobre este derecho, en el Convenio número 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores¹⁴³, dispone la adopción de una política nacional coherente sobre la seguridad y salud en el trabajo y las medidas para su aplicación a nivel nacional y del lugar de trabajo con objeto de proteger la salud física y mental de los trabajadores y su bienestar. Se hace referencia a las enfermedades o trastornos mentales y del comportamiento, como lo es el trastorno de estrés postraumático, tal como lo establece la recomendación N° 194 del Convenio 155 de la OIT.¹⁴⁴ Los Agentes teleoperadores al enfrentar una gran presión para cumplir con las exigencias de la vida laboral moderna, contribuye a un

¹⁴³ Convenio N° 155: Sobre seguridad y salud de los trabajadores, (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1981).

¹⁴⁴ Recomendación n° 194, (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2002).

riesgo psicosocial para el Agente Teleoperador.¹⁴⁵

Derecho al salario mínimo. Es la remuneración mínima que un empleador debe pagar a un trabajador y en ningún caso, se puede pagar un salario inferior al salario mínimo legal vigente. Este salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del trabajador en el orden material, moral y cultural. (Art. 38 Ord. 2º Cn. y 144 CT. Ahora bien, la retribución que reciba el Agente Teleoperador por sus servicios, va a variar de acuerdo al bono que logre obtener. Estos bonos son aplicables solo si hay puntualidad en el trabajo, no haber solicitado ninguna incapacidad, tiempo prudencial de duración en las llamadas y también dependerá del servicio que se brinde.

Indemnización por Despido Injustificado. Según nuestro Código de Trabajo, en el Art. 58, la indemnización ante despido injusto, opera cuando una persona trabajadora ha sido contratada por tiempo indefinido y es despedida de sus labores sin causa justificada. La indemnización será una cantidad equivalente al salario básico de treinta días por cada año trabajado y proporcionalmente por fracciones de año. En ningún caso, la indemnización podrá ser menor al salario básico de quince días e incluye el pago de la vacación y aguinaldo proporcional, reclamo de vacaciones y aguinaldos completos, días de asueto no remunerados, horas extras, entre otros; se hace como acciones y pretensiones acumuladas en la misma demanda.

Se puede exigir dicha indemnización y demás pretensiones laborales a través de una demanda interpuesta ante juez de lo laboral o ante un juez de lo civil con competencia en materia laboral; y una vez admitida, seguir con

¹⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Informe sobre el estrés en el trabajo: un reto colectivo*, (Ginebra: OIT, 2016), http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/-safework/documents/publication/wcms_466549.pdf.

todo el procedimiento respectivo hasta la etapa de la ejecución de la sentencia, de acuerdo a los Art. 378 al 423 del Código de Trabajo. En el trabajo *Outsourcing*, existe una práctica que hacen las empresas *Outsourcer* y es la de contratar a plazos a los Agentes teleoperadores, esto, con el objeto de que se de en concepto de indemnización, una cantidad menor.

De esta manera se da una flexibilidad numérica en los puestos de trabajo, contratando a un nuevo personal que siempre se encuentre en inestabilidad laboral. En el caso que se siga trabajando aún vencido el plazo, lo que realizan estas empresas es indemnizar al trabajador y crear un nuevo contrato que siempre sigue siendo a plazo, trayendo como consecuencia la misma desprotección en los derechos del agente teleoperador. El periodo de prueba en estos contratos, ya que ocurre otra situación con los agentes teleoperadores y es que muchos sobrepasan el termino de 30 días de prueba que establece el Art. 28 del Código de Trabajo y esa prueba se vuelve de 2 a 3 meses. En estos casos, si los agentes teleoperadores son cesados de sus labores aunque sea un día después del término de prueba de 30 días, ellos tienen derecho a exigir una indemnización por despido injusto.

Jornada de trabajo, descanso semanal y vacaciones: Es el tiempo de trabajo efectivo en que el trabajador se encuentra a disposición del patrono, incluyendo las pausas indispensables para descansar, comer o satisfacer otras necesidades fisiológicas. Es así que la jornada ordinaria diurna no deberá ser mayor de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, la jornada nocturna no deberá ser mayor de siete horas diarias y treinta y nueve horas semanales. Tal como lo establece el Art. 161 del Código de Trabajo.

El *descanso semanal* es el día de reposo remunerado al cual tienen derecho los trabajadores por cada semana laboral que se complete. Este derecho lo

gozan todos los trabajadores, aún los trabajadores no sujetos a horario tendrán derecho a la remuneración del día de descanso siempre que hubieren laborado seis días de la semana y trabajado la jornada ordinaria en cada una de ellas.

La *vacación* se refiere al derecho que tiene todo trabajador a descansar durante 15 días y a recibir una remuneración equivalente al salario de esos 15 días, más un 30% del mismo, siempre que haya trabajado de manera continua por un año, de acuerdo al Art. 177 del Código de Trabajo. Además, tienen derecho a los días de asueto remunerado. En el Art. 90 y 191 del Código de Trabajo, se establecen cuáles son.

Con respecto a la jornada laboral en el trabajo *Outsourcing*, que se desarrolla en los centros de llamadas, es de tipo rotativa y variable, es decir, que los agentes teleoperadores, prestan sus servicios en turnos en donde se da la variabilidad de horas laborales, ya que los turnos pueden oscilar de cinco horas hasta diez horas al día. Esto implica, la rotación de los días de descanso, *vacación* y *asuetos*, pudiendo ser fin de semana o entre semana.

Seguridad social. Es la atención por enfermedad o accidente y muerte de la persona trabajadora, además que se tengan las medidas de emergencia entre otras. Es importante que las cuotas que se retienen sean remitidas hacia sus destinos: AFP, ISSS. En el caso particular, en los centros de llamadas (*Call Center*), la *seguridad social*, solo se manifiesta a través de los descuentos efectuados a los salarios de los agentes teleoperadores, las cuales son cuotas para las cotizaciones sociales (AFP e ISSS).

Derecho de sindicación o sindicalización. Las personas trabajadoras tienen derecho a asociarse libremente para defender sus intereses, sin distinción.

Asimismo, le es prohibido al patrono discriminar a la persona trabajadora por su condición de sindicalizada o tomar represalias contra ella por el mismo motivo, tal como lo establece el Art. 30 inciso 5° C de Trabajo. Los agentes teleoperadores, no utilizan este derecho en los *call center*. La forma en que estos trabajadores solicitan una mejora en sus condiciones laborales tiende a ser de manera individual más no colectiva, pues las políticas de las *Outsourcer*, no permiten pertenecer o formar sindicatos de este gremio.

Derecho de huelga. Se refiere a la facultad de un grupo social de suspender el trabajo en una empresa o establecimiento y su ejercicio constituye un acto jurídico en sentido estricto, dirigido a producir efectos materiales como es la satisfacción de un interés colectivo¹⁴⁶. Este derecho se encuentra íntimamente vinculado al derecho de sindicalización y contratación colectiva, tal como se planteó anteriormente, ya que se vuelve una herramienta para obtener el contrato colectivo. En el caso de investigación, los agentes teleoperadores no ejercen el derecho a la huelga.

Prohibición de discriminación en el trabajo. Este derecho además de señalarlo la Constitución y el Código de Trabajo, el Estado Salvadoreño lo ha suscrito y lo ha ratificado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los convenios de la CEDAW, Belén Do Para, OIT y en la Convención Americana de Derechos Humanos. En estos instrumentos se prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Derecho al Proceso Jurídico – Laboral. De acuerdo al Artículo 369 C.T., corresponde a los Jueces de lo Laboral y los demás jueces con competencia

¹⁴⁶ Roberto Hernández Waisler “La huelga como alternativa de solución de los conflictos colectivos de carácter económico en El Salvador” (tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2003), 17, <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/322.2-H558h/3222-H558h.pdf>.

en materia laboral, conocer en primera instancia de las acciones, excepciones y recursos que se ejerciten en Juicios o conflictos individuales y en los colectivos de trabajo de carácter jurídico. En el caso en concreto, cada Agente teleoperador de *call center* sigue el respectivo Juicio Ordinario Individual de Trabajo. Una vez finalizado el análisis de los derechos de estos trabajadores tercerizados se procede a las obligaciones existentes en la doble subordinación a la que se encuentran sometidos.

3.5.2. Obligaciones de la empresa *Outsourcer* y el Agente teleoperador.

Es necesario determinar las obligaciones a las que está sujeto el empleador directo de este tipo de trabajadores, es decir, la empresa *Outsourcer* que presta servicios de atención al cliente y de asistencia técnica. En este punto, se desarrollarán las obligaciones existentes entre la empresa *Outsourcer* y el agente teleoperador. Ahora bien, para tener claro como es este tipo de relación jurídica laboral, se presenta el siguiente esquema de *Business Process Outsourcing*, que aplican las empresas *Outsourcer*. (Ver anexo: Esquema 1).

Se puede concluir que a pesar de que es una figura del Derecho mercantil, trae aparejada una relación jurídica laboral. Al surgir dicha relación jurídica laboral, se aplicarán desde ese mismo momento, todas las disposiciones establecidas en el Código de Trabajo y en ese sentido, de esa relación de trabajo entre las partes contratantes, surgen obligaciones para ambas. Ahora bien entre la *Outsourcer* y los Agentes teleoperadores, existen más obligaciones que a continuación se clasifican de la siguiente manera:

a) Obligaciones de la empresa *Outsourcer* con el trabajador: De acuerdo al Art. 29 del Código de Trabajo, se establecen las obligaciones laborales que

debe de cumplir todo patrono frente a un trabajador. En ese sentido, las obligaciones son:

Pagar al trabajador el salario en la forma, cuantía, fecha y lugar establecido en el Capítulo I del Título Tercero del Libro Primero del Código de Trabajo: En primer lugar, el salario de acuerdo al Artículo 119 del Código de trabajo, es la retribución en dinero que el patrono está obligado a pagar al trabajador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo. En El Salvador, el salario mínimo mensual es de 251. 70 dólares para el sector comercio y servicio, dicha obligación es aplicada a las empresas *Outsourcer*, que brindan servicios de atención al cliente y asistencia técnica, que son en su mayoría empresas estadounidenses.

Cabe mencionar, que aunque en este tipo de trabajo *Outsourcing*, se paga más que el salario mínimo mensual establecido para los trabajadores del sector comercio y servicios, los Agentes teleoperadores de El Salvador ganan mucho menos que los Agentes teleoperadores estadounidenses. En Estados Unidos, su gobierno Federal establece un salario mínimo, que es estipulado por hora y no mensual o quincenal como suele ser en El Salvador, además de que la tasa determinada por el gobierno Federal sobre el salario mínimo, puede variar en cada Estado. El salario mínimo por hora de acuerdo al Departamento de Trabajo de Estados Unidos de 7.25 dólares por hora¹⁴⁷. Para los Agentes teleoperadores de las empresas *Outsourcer* dedicadas a brindar servicios de atención al cliente rondan los 10 a 15 dólares la hora.

Pagar al trabajador una prestación pecuniaria equivalente al salario ordinario

¹⁴⁷ María Rodríguez, “¿Cuál es el salario mínimo en Estados Unidos (actualizado)?”, Acceso el día 15 de julio de 2015, <http://inmigracion.about.com/od/recursosparainmigracion/fl/Cuales-el-salario-minimo-en-Estados-Unidos.htm>; y United States Department of Labor, “Leyes de Salario Mínimo en los Estados-primero de enero de 2015”, Acceso el día 15 de julio de 2015, http://www.dol.gov/whd/minwage/america_sp.htm.

que habría devengado durante el tiempo que dejare de trabajar por causa imputable al patrono: Se hace referencia a los casos de interrupción de labores y reducción de la jornada de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor imputables al patrono, ya sea por la falta de materia prima, fuerza motriz u otros semejantes, de acuerdo al Art. 33 y 34 del Código de trabajo. El Código Civil en su Art. 43 establece que la fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, etc. Para el Código Civil no existe una diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor siendo estos dos hechos diferentes.

De acuerdo a la sentencia definitiva de la Sala de lo Civil N° 329-2003¹⁴⁸, se entiende por caso fortuito a aquel acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Y, por fuerza mayor, la misma Sala establece que es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. En el caso del trabajo *Outsourcing*, si aconteciere la falta de computadoras, teléfonos, internet y programas destinados a llevar un control de sus operaciones laborales o la falta de mantenimiento por la empresa *Outsourcer* en las áreas de trabajo en las que ocurra un siniestro, ésta tendrá la obligación de pagar a los agentes teleoperadores afectados, el equivalente a los salarios ordinarios completos que dejaren de devengar durante la interrupción.

En caso contrario, la obligación del patrono será solo la de pagar el equivalente al cincuenta por ciento de dichos salarios. Ahora bien, si el caso fortuito o la fuerza mayor produjeran únicamente la reducción de la jornada ordinaria de trabajo, siendo las consecuencias de ambas imputables a la

¹⁴⁸ Sentencia definitiva, Referencia 329-2003, (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2003), <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

empresa *Outsourcer*, éste tendrá la obligación de pagar a los Agentes teleoperadores afectados, además del salario por el tiempo trabajado, un equivalente al que dejaren de devengar por la reducción, cualquiera que fuera el tiempo que esto durare.

Proporcionar al trabajador los materiales necesarios para el trabajo; así como las herramientas y útiles adecuados para el desempeño de las labores, cuando no se haya convenido que el trabajador proporcione éstos últimos: aquí se hace referencia que para que un Agente teleoperador preste sus servicios estratégicos de atención al cliente, es necesario que la empresa *Outsourcer* que lo contrató le brinde la maquinaria computacional, los teléfonos, internet, fax, entre otros, para poder desarrollar su función.

Conceder licencia al trabajador: En primer lugar, según el glosario del Ministerio de Trabajo y Previsión Social¹⁴⁹, se entiende por Licencia aquella autorización o permiso, o vacación laboral, concedida al trabajador por parte de su respectivo empleador. En ese sentido, aplicándolo al trabajo *Outsourcing*, los Agentes teleoperadores así como cualquier otro trabajador, pueden gozar de las siguientes licencias:

a) Para cumplir obligaciones de carácter público establecidas por la ley u ordenadas por autoridad competente. En primer lugar, se entiende por obligación de carácter público, aquel deber inexcusable que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera a éste una responsabilidad de índole penal, civil o administrativa.¹⁵⁰ En ese sentido, si a un Agente teleoperador le

¹⁴⁹ Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador, “Glosario de la institución”, Acceso el 29 de julio de 2015 http://www.mtps.gob.sv/index.php?option=com_glossary&task-list&glossid=1&letter=L.

¹⁵⁰ Raúl Piriz Sánchez, “Más allá de los RRHH (recursos humanos)”, Acceso el día 29 de julio de 2015, <https://raulpiriz.wordpress.com/2010/07/12/%C2%..>

solicitan por ejemplo ser parte de un jurado, en ese caso, la empresa *Outsourcer* tiene la obligación de concederle la licencia respectiva.

b) Para cumplir las obligaciones familiares del Agente teleoperador, que racionalmente reclamen su presencia como en los casos de muerte o enfermedad grave de su cónyuge, de sus ascendientes y descendientes; lo mismo que cuando se trate de personas que dependen económicamente de él y que aparezcan nominadas en el respectivo contrato de trabajo.

c) Para que, durante el tiempo necesario, el trabajador pueda desempeñar las comisiones indispensables en el ejercicio de su cargo, si fuere directivo de una asociación profesional y siempre que la respectiva organización la solicite. Aquí se hace referencia a la licencia que se da al directivo sindical y al respectivo fuero sindical que este goza.¹⁵¹

d) Licencia por maternidad. El descanso por maternidad, es de dieciséis semanas de licencia, diez de las cuales se tomarán obligatoriamente después del parto; y, además, a pagarle anticipadamente una prestación equivalente al setenta y cinco por ciento del salario básico durante dicha licencia. Asimismo, se le concede la licencia por paternidad, por el período de tres días ya sea por nacimiento o por adopción, de conformidad a los arts. 309 y 29 del C.T., respectivamente.

En el caso del trabajo *Outsourcing*, ya se estableció en el presente capítulo, que no les es permitido ejercer el derecho de sindicalización y huelga debido a las políticas de las empresas *Outsourcer* y por consiguiente las licencias por ser directivo de un sindicato, no son concedidas.

¹⁵¹ Sentencia definitiva, Referencia 94-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2014), <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

Mantener el número suficiente de asientos o sillas a disposición de los trabajadores en las casas comerciales, oficinas, hoteles, y otros centros de trabajo análogos: Es decir, que las empresas *Outsourcer*, tienen la obligación de poner a disposición el número suficiente de asientos a los agentes teleoperadores, debido a la naturaleza del trabajo que es realizado en estos centros de llamadas.

Cumplir con el correspondiente reglamento interno de trabajo: se puede afirmar que un reglamento interno de trabajo es una fuente formal de Derecho Laboral, ya que es una forma en que las normas jurídicas se manifiestan en el respectivo centro de trabajo¹⁵². Aplicándolo al trabajo *Outsourcing*, las normas que se encuentran reguladas en un reglamento interno de un centro de llamada, deben ser elaboradas por la respectiva empresa *Outsourcer* y ésta tiene la obligación de elaborar dicho reglamento y de que se aplique coactivamente en caso de incumplimiento.

b) Obligaciones del trabajador con la empresa *Outsourcer*. De acuerdo al Art. 31 C.T. se establecen las obligaciones que todo trabajador contrae al momento de existir una relación jurídica laboral con el respectivo empleador. En ese sentido, el agente teleoperador, debe de cumplir dichas obligaciones, entre las que resaltan las siguientes: *Obedecer las instrucciones que reciban del patrono o de sus representantes en lo relativo al desempeño de sus labores:*

Se es representante patronal, sin importar que exista o no algún tipo de documento o acuerdo especial que haga constar tal calidad. Las funciones de un representante patronal de la empresa son las de ejecutar actos propios

¹⁵² "LEX.WEB, Fuentes del Derecho Laboral", Acceso el 01 de agosto de 2015, http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Fuentes_del_Derecho_Laboral.pdf.

de ámbito laboral¹⁵³En el caso del trabajo *Outsourcing*, hay que tomar en cuenta que existe una figura que es la del supervisor de secciones, este tipo de empleado, está ligado por un contrato de trabajo con el patrono que en este caso es la empresa *Outsourcer*, por lo que ejercen acciones de dirección de la sección del respectivo *call center* y por tanto se puede interpretar que es uno de los representantes patronales que ejerce actos de dirección y administración frente a los demás agentes teleoperadores. Tal calidad no admiten prueba en contrario (Artículo 3 del Código de Trabajo).

Guardar rigurosa reserva de los secretos de empresa de los cuales tuvieren conocimiento por razón de su cargo y sobre los asuntos administrativos cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa: En el trabajo *Outsourcing*, los agentes teleoperadores, al ser contratados por la empresa *Outsourcer*, deben de seguir todas las obligaciones que esta misma ha contraído y en este caso se hace referencia a la exclusividad y confidencialidad de información proporcionada; de lo contrario, si es incumplida, procede el despido sin responsabilidad para el patrono, de acuerdo al Art. 50, fracción cuarta, del Código de Trabajo.

Someterse a examen médico cuando fueren requeridos por el patrono o por las autoridades administrativas con el objeto de comprobar su estado de salud: con respecto a los agentes teleoperadores, estos exámenes médicos son sorpresivos y esporádicos con el fin de determinar la buena salud de los empleados y para identificar posible consumo de drogas. En este tipo de trabajo *Outsourcing*, procederá el despido sin responsabilidad para el patrono en caso de que el agente teleoperador resulte positivo en su examen

¹⁵³ Claudia Interiano y Edith Toche, *Aplicación de los principios del Derecho laboral en El Salvador*, (San Salvador: Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz (ORMUSA), 2013), 21, http://observatoriolaboral.ormusa.org/investigaciones/Estudio_Derecho_Laboral.pdf.

antidrogas, de acuerdo al Art. 50, fracción décimo octava, del Código de Trabajo.

Cumplir con el correspondiente reglamento interno de trabajo: En primer lugar, el reglamento interno es una norma general para todos los empleados de la empresa *Outsourcer* y debe ser aplicada coactivamente en caso de incumplimiento. En ese sentido, en este reglamento interno se determinan las normas requeridas para proteger la seguridad de la información en el área de *call center*, informar las políticas, normas de convivencia y el manejo que los funcionarios o usuarios deben dar a los recursos del *call center*.¹⁵⁴

En un reglamento interno de un *call center*, se determinan ciertas prohibiciones que van acorde a las políticas de la empresa *Outsourcer*, como no realizar huelgas y por consiguiente no se puede formar parte de un sindicato ni exigir en determinado tiempo un contrato colectivo. En caso de incumplir con alguna de las anteriores prohibiciones, procederá cualquiera de las siguientes sanciones de acuerdo al Ministerio de Trabajo y Previsión Social¹⁵⁵:

Amonestación verbal; Amonestación por escrito; Suspensión sin goce de salario por un día; Suspensión sin goce de salario por más de un día y hasta treinta, previa autorización y calificación de motivos del Director General de Inspección de Trabajo; Terminación de Contrato Individual de Trabajo, sin Responsabilidad Patronal, de conformidad a las causales establecidas en el Art. 50 del Código de Trabajo. De esta manera se procederá al análisis de

¹⁵⁴ CYC ABOGADOS, “Reglamento para el call center”, acceso el día 8 de octubre de 2015, https://prezi.com/oc1ph4m1_whc/reglamento-para-el-call-center/.

¹⁵⁵ Ministerio de Trabajo y Previsión Social, “Instructivo para elaborar el Reglamento Interno de Trabajo”, acceso el día 10 de octubre de 2015, [https://instructivo-para-la-elaboracion-de-reglamento-interno-de-trabajo%20\(2\).pdf](https://instructivo-para-la-elaboracion-de-reglamento-interno-de-trabajo%20(2).pdf).

las obligaciones contraídas por el empleador indirecto.

3.5.3. Obligaciones de la empresa Cliente y el Agente Teleoperador.

Hay que tomar en cuenta lo que se estableció anteriormente, en el capítulo 1, cuando se abordaban las nuevas modalidades de relaciones laborales, respecto a la relación de trabajo triangular que impulsa este tipo de contratos mercantiles, es decir, el *Outsourcing* estratégico. Ya se ha planteado que existen tres sujetos intervinientes en este contrato *Outsourcing*, por un lado la empresa cliente, por otro lado la empresa *Outsourcer* y por otro los trabajadores, del cual anteriormente en el capítulo 2, se ha desarrollado sus respectivas funciones.

Es así que se podría llegar a la confusión de pensar que al existir una descentralización de actividad productiva en las empresas clientes, no exista ningún tipo de relación jurídica entre la empresa Cliente y los Agentes teleoperadores y por consiguiente no exista ningún tipo de responsabilidad por parte de esta empresa. Por lo que es de aclarar que se considera que lo anterior no es cierto, por las siguientes razones:

1. De acuerdo a la teoría de la relación de trabajo, se puede afirmar que sí existe una relación jurídica entre la empresa cliente y el trabajador de call center, desde el momento en que el trabajador presta sus servicios y éstos van destinados para este tipo de empresa, sin necesidad de existir un contrato laboral que establezca la existencia de una relación jurídica laboral, desde ese momento se entiende que por el solo hecho de trabajar para esa empresa más de dos días consecutivos, se presume la existencia del contrato individual de trabajo, de acuerdo al Art. 20 del Código de Trabajo.
2. Existe subordinación en lo técnico y administrativo, es decir, que el

trabajador está supeditado a los lineamientos estratégicos que la empresa cliente requiera a la empresa *Outsourcer*. Por tal motivo, al ser la subordinación un elemento del contrato individual de trabajo, se considera que, en caso de conflicto entre ambos, la empresa cliente puede responder laboralmente por el agente tele operador.

3. Al existir un vínculo jurídico laboral y por consiguiente una subordinación técnica, se considera a este tipo de empresa como empleador de los Agentes teleoperadores, aunque no haya sido esta quien los contrató. Por lo que se puede concluir, que por comprobar la existencia de los anteriores dos elementos, en caso de conflicto entre el trabajador y la empresa cliente, esta última tendrá que tener responsabilidad subsidiaria, en caso de que la empresa *Outsourcer* no quiera responsabilizarse.

De acuerdo a Guillermo Cabanellas, se entiende por responsabilidad subsidiaria aquella en donde al existir la insolvencia o incumplimiento de una persona o de una clase de responsables, se determina la posibilidad de dirigirse contra otro a fin de exigir la responsabilidad de carácter civil que no ha resultado factible satisfacer, en todo o en parte, por los principales obligados.¹⁵⁶

Por todo lo anterior, al determinar la existencia de una responsabilidad subsidiaria, esto va encaminado al cumplimiento del fin de la normativa laboral, es decir, de la eficacia de la normativa laboral y por consiguiente de la eficacia de los derechos laborales de todos los trabajadores, lo cual se detallará a continuación.

¹⁵⁶ Gladys Benítez, Gladys Blanco y Sandra Escalante, "Ejecución de las resoluciones que determinan la responsabilidad subsidiaria del Estado, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2001), <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/d6457bcf490177930625732400746541?OpenDocument>.

3.6. Eficacia de los derechos laborales de los Agentes Teleoperadores contratados por los Centros de Llamadas (*Call Center*).

Cuando se estudia el Derecho, es de vital importancia saber que el mismo debe de ser analizado desde una visión tridimensional: *hecho social, valor y norma*, esta visión permite el análisis multifacético e integrador del Derecho. Ahora bien, no basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que se cumpla con el objetivo y las funciones para las cuales fue creado el Derecho como sistema normativo. La norma debe ser real o materialmente aplicada; es decir, que la situación para la cual fue creada debe existir.

La norma debe ser exigida por el Estado cuando no se cumpla voluntariamente, se sancionen los incumplimientos de las prohibiciones, o se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos. Según la revista jurídica *DEJURE*, si la validez de un orden jurídico, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez proveniente de un contrato social efectivo de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden.¹⁵⁷.

Se dice que una norma jurídica (o un conjunto de ellas) es eficaz si tiene éxito en materializar o en promover la materialización de un determinado

¹⁵⁷ Nelyz Méndez y Jessica López, "Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿Qué la hace exigible?", *DEJURE*, n. 2 (2005), 46, <http://www.hostos.edu/rbp/eta2-vol3-num2-dec2005/Validez,%20eficacia%20y%20legitimidad%20de%20la%20norma%20juridicaNelpdf>

estado de cosas deseado por el emisor. Ahora bien, cabe preguntarse si las normas consideradas constituyen el instrumento más adecuado para alcanzar el estado de cosas que se quiere materializar¹⁵⁸. La eficacia de las normas tiene dos líneas de estudio, una de ellas, es la aplicación de la norma a un hecho generador de derecho (eficacia material) y la otra es el cumplimiento del fin de la norma (eficacia funcional o eficiencia).

Por lo que el tema de la eficacia de los derechos de los Agentes Teleoperadores contratados por los Centros de Llamadas, debe ser estudiado de manera funcional, con el fin de determinar la utilidad real de la norma en la sociedad, a la efectividad de la normativa y a la real correlación entre lo jurídicamente dicho y el hecho social. Es así que lo particular y específico de la inefectividad de las normas laborales radica en su inadaptación a aquella realidad a la cual debe ser aplicada. Como se ha visto, el modelo clásico de Derecho del Trabajo había partido de una determinada configuración de las relaciones de trabajo individuales que ahora coexisten con figuras y situaciones atípicas. El resultado final de esta huida de nuevo cuño es la aparición de un problema de reparto de los recursos de protección que, si no se afronta, puede crear un espacio privilegiado e hiperprotegido para una minoría de personas.¹⁵⁹

Los Agentes Teleoperadores, se les es atribuido los mismos derechos laborales dados a cada trabajador según la Constitución de la República y el Código de Trabajo. Pero es relevante determinar si ese marco regulatorio es eficaz para regular cada una de las situaciones laborales por las que

¹⁵⁸ Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, (Madrid, España: Editorial Fontamara, 2010), 21.

¹⁵⁹ Juan José Fernández Domínguez et. al., *El Derecho del Trabajo tras las últimas Reformas Flexibilizadoras de la Relación Laboral*, (Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 1998), 270.

actualmente pasan los Agentes Teleoperadores, con el fin de establecer si dicha normativa resulta actualizada y válida, por lo que además se debe evaluar a cada una de las instituciones y mecanismos aseguradores del cumplimiento y de la propia realización de la normativa que protege los derechos de los agentes teleoperadores de los llamados "*Call Center*". Sin embargo es necesario diferenciar a los diferentes tipos de tercerización.

CAPITULO IV. INTERMEDIACIÓN, SUBCONTRATACIÓN Y TRABAJO OUTSOURCING.

Anteriormente se abordó el tema de las nuevas modalidades de contratación laboral, cuyas estructuras, constituyen una relación tripartita, tal como se planteó en el capítulo uno cuando se hizo referencia a las nuevas modalidades de relaciones laborales, en ese sentido, en esta capítulo se pretende diferenciar las diferentes modalidades tripartitas de contratación que se aplican en el mercado laboral.

4.1. Generalidades de la Intermediación laboral.

La intermediación constituye un medio para contratar trabajadores y se define como el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto a los oferentes de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación¹⁶⁰. Según nuestro Código de Trabajo, en el Artículo 4, *el Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrono. Este quedará obligado por la gestión de aquél, siempre que lo hubiere autorizado para ello o recibiere la obra o servicios ejecutados.* Para encontrarnos dentro del supuesto de la intermediación laboral, siempre participan tres elementos¹⁶¹:

El oferente: o el trabajador, pues pone a disposición del demandante su fuerza de trabajo, para ser empleada en las actividades requeridas por éste;
El demandante: Es quien requiere la fuerza de trabajo del oferente para ser empleada en las actividades que necesita que se ejecuten bajo su dirección

¹⁶⁰ Armando Rojas Chávez, "La Intermediación Laboral", *Revista de Derecho*, n. 22 (2004): 202.

¹⁶¹ *Ibíd.* 190.

y subordinación; y *El intermediario*: El intermediario es la persona natural o jurídica que sirve de vínculo para que el oferente (trabajador) sea incorporado como sujeto activo dentro del mercado laboral; puede decirse que es la parte que ubica al oferente al servicio de la empresa que necesita la prestación de la mano de obra.

En la intermediación laboral se permite la presencia, no de dos, sino de tres personajes: El Empleador, los trabajadores y el intermediador, en donde este último coloca a los trabajadores para los servicios que son requeridos. La intermediación laboral que se da en El Salvador, se puede dividir en: Intermediación y colocación del sector público; e Intermediación y colocación del sector privado. En el primer caso, los servicios nacionales de empleo son administrados por el Ministerio de Trabajo y Previsión social y se concentran en las funciones básicas de intermediación laboral y búsqueda de empleo, es decir, que esta institución brinda información sobre el mercado de trabajo nacional, recepciona la entrega de perfiles de los oferentes a los demandantes de la fuerza de trabajo y permiten el contacto con los mismos para una futura contratación.

El gobierno actual ha desarrollado la Red Nacional de Oportunidades de Empleo, la cual nace ante la necesidad de un sitio en el que exista un verdadero equilibrio entre los candidatos y las ofertas de empleo disponibles; se pretende desarrollar un verdadero punto de encuentro entre el mejor recurso humano en todas las áreas de trabajo y las empresas que buscan personal.¹⁶² Por lo que el Ministerio de Trabajo y de Previsión Social (MTPS) tiene, entre sus funciones, “Promover el empleo y la formación profesional de los recursos humanos, asistir y controlar los flujos migratorios laborales”. Por

¹⁶² Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador, “Red nacional de oportunidades de empleo”, acceso el día 19 de septiembre de 2015, <http://www.renacempleo.gob.sv>.

lo anterior se creó a través de la Dirección General de Previsión Social, el “Sistema de Intermediación para el Empleo”, que busca fortalecer el mercado de trabajo a través del acercamiento entre la oferta y la demanda de trabajo.

En nuestro país, tanto el demandante como el intermediario, suelen ser empresas, es decir, son empresas las que demandan la mano de obra de trabajadores y son empresas las que se encargan de conseguir la misma. Sin embargo, existen entre estas empresas, fundaciones que tienen oficinas sin fines de lucro, como las universidades o institutos técnicos de estudio, que sirven como intermediarios laborales. Pero, ¿Cómo es que operan las empresas intermediarias?

En primer lugar, los servicios de estas empresas se dividen en categorías, como: ¹⁶³Búsqueda de empleo y elaboración de perfiles de empleo; Colocación del trabajador; Capacitación de personal; y Servicios especializados a empleadores. Las empresas intermediarias prestan servicios desde cómo elaborar un curriculum hasta capacitación del personal, por lo que son un medio de contacto con el oferente y el demandante de la fuerza de trabajo o se interviene en la selección y capacitación del personal para luego ser contratados por la demandante. Éstas empresas, no aportan tecnología ni equipamiento para la realización de los servicios de los trabajadores y los ingresos de estas empresas dependen de ser lucrativas o no. Uno de los principales beneficios de la intermediación,¹⁶⁴ es que permite una contratación rápida y eficaz, evitándole a la empresa usuaria el

¹⁶³ Jacqueline Mazza, *Servicios de Intermediación laboral: un análisis para los países de América Latina y el Caribe*, (Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo: división de desarrollo social, 2010), 2-3, <http://conjoven.oit.org.pe/wpcontent/uploads/2010/08/Servicios-de-intermediaci%C3%B3n-laboral-JMassa.pdf>.

¹⁶⁴ Mario P. Cosmópolis, “Outsourcing, Subcontratación e Intermediación Laboral”, *Revista Poder Judicial*, n. 3 (2012): 120 <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-3?id=66>.

reclutamiento y selección directos. De igual modo, las principales críticas que posee la intermediación son: abren un espacio desmesurado para la flexibilidad de contratación, ya que el trabajador carece en los hechos de toda estabilidad con respecto de la empresa usuaria por ser un trabajo que en la mayoría de los casos es temporal; debilitan la afiliación sindical. Por lo que, es importante valorar si este medio para contratar trabajadores, tiene una debida regulación en nuestra legislación laboral, esto debido a que tal práctica se ha masificado por el fenómeno de la flexibilización laboral, como una práctica tercerizadora.

4.1.1. Marco Jurídico aplicable a la Intermediación laboral.

En el Código de Trabajo de El Salvador, se encuentra una breve referencia a la figura del Intermediario en el Artículo 4 del Código de Trabajo previamente mencionado; se refiere a este como *“la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrono”*. En donde éste quedará obligado por la gestión del intermediario, siempre que lo hubiera autorizado para ello o recibiere la obra o servicios ejecutados.

En la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 181 denominado *Convenio sobre las agencias de empleo privadas* de 1997¹⁶⁵, se habla de las Agencias Privadas de colocación de personas y se define a estas como: toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: "...servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las

¹⁶⁵ Convenio 181: Sobre las Agencias de Empleo Privadas, (Ginebra: Organización Internacional del trabajo, convenios técnicos, 85ª reunión CIT-1997, en vigor 2000), http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C.

organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.

En El Salvador, todavía no existe una propuesta unificada que ayude a aprovechar el recurso humano joven disponible, por el contrario, los jóvenes, considerados como aquel grupo que se encuentra entre las edades de quince a veinticuatro años, siguen siendo el grupo etario más afectado por el desempleo.¹⁶⁶ Aunque al promover un sistema de intermediación sin una ley especial o una regulación clara en el C.Tr, se deja en evidencia que existe indefensión para las personas que logren obtener un trabajo por medio de este sistema. (Ver Anexo: esquema 1).

4.2. Generalidades de la Subcontratación laboral.

Ya se estableció anteriormente, que la intermediación es un medio para contratar laboralmente, pero para que esa figura se materialice, tiene que existir una figura contractual que permita su realización. En ese sentido, continuando con las relaciones laborales triangulares¹⁶⁷, existe una figura jurídica que tiene tanto una implicación mercantil como una implicación laboral, se hace referencia a la subcontratación laboral. En esta figura, una empresa que es dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa,

¹⁶⁶ Marlon Carranza, *Oferta, demanda e intermediación laboral: aportes para la integración de jóvenes al mercado de trabajo salvadoreño*, (San Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública de la Universidad Centroamericana, 2006), 23, <http://www.uca.edu.sv/public-iudop/libros/Ofertademanda.pdf>.

¹⁶⁷ Véase. Josué Luis Ugarte Cataldo: “Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores” *Ius et Praxis*, n. 11-29 (2006), <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000>. Las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas.

denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista.¹⁶⁸De acuerdo a la anterior definición, existen ciertos elementos los cuales hay que tomar en cuenta:

1. Existe un contrato inicial entre la empresa principal (empresa contratante) y el contratista, para la realización de un trabajo determinado. Dicho contrato es de naturaleza civil o mercantil.

2. Existe un contrato derivado del primer contrato, el cual es celebrado entre el contratista y el subcontratista, para la realización de una parte del trabajo solicitado al contratista. Del mismo modo, dicho contrato derivado es de naturaleza civil o mercantil y solo tiene razón de ser, por la solicitud de parte del contratista para realizar parte de la obra o servicio solicitado por la empresa principal.

3. Existen varios tipos de relaciones jurídicas en esta figura, en donde la primera es una relación mercantil o civil que se da entre la empresa contratante y el contratista; la segunda es una relación laboral entre el contratista y sus trabajadores; la tercera es una relación mercantil o civil, que se da entre el contratista y el subcontratista; la cuarta es una relación laboral entre el subcontratista y sus trabajadores; y por ultimo no existe relación laboral entre la empresa contratante y los trabajadores contratados por el contratista y el subcontratista.

4. Existe una responsabilidad solidaria por parte del contratista y el

¹⁶⁸ Ibid. 11.

subcontratista en cuanto a las obligaciones resultantes de la prestación de los servicios solicitados. Es decir, que esa responsabilidad la pueden exigir los trabajadores subcontratados, al subcontratista y al contratista. Todo de acuerdo al Artículo 5 del Código de Trabajo de El Salvador. (Ver Anexos: Esquema 3).

4.2.1. Marco jurídico aplicable a la subcontratación laboral.

Esta figura tripartita tiene su fuente jurídica en el Artículo 5 del Código de Trabajo, el cual establece lo siguiente: “son contratistas y por consiguiente patronos, los que ejecutan por contrato o cuasicontrato de agencia oficiosa, trabajos para otros con capitales propios o con adelantos que haga el dueño de la obra o un tercero. Son subcontratistas las personas que con trabajadores contratados por ellos, realizan trabajos requeridos por un contratista. El contratista y el subcontratista responden solidariamente por las obligaciones resultantes de la prestación de los servicios de los trabajadores de éste, empleados en los trabajos requeridos por el contratista”.¹⁶⁹

El anterior artículo hace referencia a varias figuras jurídicas: 1) El contratista; 2) El subcontratista; 3) El cuasicontrato de agencia oficiosa; y 4) Responsabilidad solidaria. En ese sentido, en el esquema del contratista, existe una empresa principal (beneficiaria), quien demanda la obra o servicio y quien es la que contrata con otra persona ya sea natural o jurídica para que efectúe la obra o preste un determinado servicio, en donde dicha contratación se da bajo la modalidad regida por el Derecho Civil o Mercantil. La persona contratada realiza la obra o presta el servicio con capitales propios o anticipos recibidos del contratante, ya sea que lo haga

¹⁶⁹ Código de Trabajo (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1972).

directamente con su propio personal o reclutando el que sea necesario para cumplir el contrato, o si las condiciones del acuerdo con el contratante lo permiten puede subcontratar a un tercero, surgiendo de esta manera la figura del “subcontratista”. Nuestra realidad nos ha llevado a confundir las figuras del “contratista” y la del “subcontratista”, llamándosele “subcontratación” a toda forma de externalizar o tercerizar los servicios.

La tercerización de las actividades productivas o de servicios por medio del “contratista” y/o “subcontratista” requiere de la existencia de una red de empresas dedicadas directa o complementariamente según sus pactos sociales (cuando se trata de personas jurídicas) o conforme lo decidan sus propietarios (cuando se trata de personas naturales) a la realización de la clase de trabajos o servicios que se demandan.¹⁷⁰

Ahora bien, para que se puedan realizar obras o prestar servicios por medio de la figura del contratista o del subcontratista, se requiere de un contrato de servicios o un cuasicontrato de agencia oficiosa en dado caso. En el caso de la agencia oficiosa tiene su base legal en los Artículos 2037 al 2045 del Código Civil de El Salvador.¹⁷¹ La agencia oficiosa podría operar en el caso de que el contratista y la empresa principal que requiera una obra o servicio, sean empresas que sean vinculadas.¹⁷² Con respecto a la responsabilidad solidaria, el Artículo 5 en comento, establece que el contratista y el subcontratista responden solidariamente por las obligaciones resultantes de

¹⁷⁰ Molina, Externalización del trabajo, 6.

¹⁷¹ Código Civil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860).

¹⁷² Véase. EUR-LEX, “Definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, portal europeo para las PYME”, acceso el 13 de septiembre de 2015, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:n26026>. Las empresas vinculadas, corresponden a la situación económica de empresas que forman parte de un grupo, por el control directo o indirecto de la mayoría del capital o de los derechos de voto (incluso a través de acuerdos o, en algunos casos, mediante personas físicas accionistas), o por la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una empresa.

la prestación de los servicios de los trabajadores de éste, empleados en los trabajos requeridos por el contratista. Dicha responsabilidad en términos generales, es aquella que se comparte en su integridad, para todos los efectos, con otros corresponsables o codeudores.¹⁷³ La OIT dio inicio en su oportunidad al estudio de las nuevas modalidades de contratación laboral y al proceso de consultas para plantear ante la Conferencia Internacional del Trabajo, que se adoptara un instrumento que estableciera que regulara la externalización o tercerización del empleo.¹⁷⁴

La adopción del Convenio sobre subcontratación fue una actividad fallida de la OIT en 1997, debido a razones, tales como:¹⁷⁵a) Aspectos idiomáticos relacionados con la expresión “trabajo en régimen de subcontratación”, pues se confunden con la figura del contratista y la del intermediario; b) El alcance de la expresión “trabajo en régimen de subcontratación”, ya que se difiere del mismo, como es el caso de las legislaciones Centroamericanas.

En ese sentido, El Salvador no ha ratificado ningún convenio de la OIT, tal como se planteó en la intermediación, por lo que podemos mencionar al convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas, promulgada en 1997, el cual no ha sido ratificado.

4.3. Diferenciación jurídica y teórica entre la figura de la intermediación, subcontratación y el trabajo *Outsourcing*.

La diferencia entre estas tres figuras jurídicas, radica en lo siguiente:

¹⁷³ Arturo Martínez y González, *Responsabilidad solidaria en el Derecho laboral Mexicano*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 283, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3809/12.pdf>

¹⁷⁴ *Ibíd.* 15.

¹⁷⁵ *Ibíd.* 15.

DIFERENCIAS ENTRE INTERMEDIACIÓN, SUBCONTRATACIÓN Y TRABAJO OUTSOURCING	
DIFERENCIA ENTRE INTERMEDIACION Y TRABAJO OUTSOURCING	
INTERMEDIACION	TRABAJO OUTSOURCING
<p>En la intermediación existe un único empleador o patrono y es quien recibe la prestación del servicio del trabajador, en ningún momento es patrono el intermediario.</p> <p>En la intermediación, el intermediario es la persona que cumple con un encargo del patrono, es decir, contrata o interviene en la contratación de oferentes de mano de obra, para que éstos presten servicios a un patrono. Es decir, que solo se coloca la mano de obra.</p> <p>En la intermediación, el patrono quedará obligado por la gestión del intermediario, siempre que el patrono lo hubiere autorizado para ello o recibiere la obra o servicios ejecutados, es decir, que en el caso de que el patrono se negare a dar ocupación al trabajador seleccionado por el intermediario, o en dado caso el patrono coloque al trabajador en un puesto de naturaleza diferente al convenido, el trabajador podrá demandar ante el juez competente la resolución del contrato y el resarcimiento de daños y perjuicios, dirigido al patrono. (Art. 4 C.T. parte final en relación al 47 del C.T.)</p> <p>La intermediación puede ser ejercida por</p>	<p>En el trabajo <i>Outsourcing</i> existen dos empleadores, uno que recibe el servicio y otro que le paga salario y prestaciones sociales.</p> <p>En el trabajo <i>Outsourcing</i> se traspasa esa contratación, ésta es más compleja, ya que implica que la empresa <i>Outsourcer</i>, le pague salario, prestaciones sociales, que pueda ser despedido por éste al concurrir alguna causal que termine la relación jurídica laboral.</p> <p>En el trabajo <i>Outsourcing</i>, no existe tal obligación, ya que la empresa cliente lo que busca además de descentralizar parte de sus actividades es exonerarse de cargas laborales y por tanto la empresa <i>Outsourcer</i> aunque contrate personal que no cumpla con las directrices de la empresa cliente, está en ningún momento responde por algún tipo de conflicto laboral y por tal razón, el trabajador <i>Outsourcing</i> se encuentra en desprotección, porque en caso de acontecer un conflicto no queda claro a quién iría dirigida la demanda laboral.</p> <p>En el trabajo <i>Outsourcing</i>, el <i>Outsourcer</i></p>

<p>una persona natural o por una persona jurídica.</p> <p>Los trabajadores contratados a través de un intermediario, laboran bajo las órdenes del demandante o solicitante del servicio.</p> <p>En la intermediación, los gastos para pagar a los trabajadores, por la ejecución del servicio que estos realizan, van por cuenta del demandante.</p>	<p>es siempre una persona jurídica.</p> <p>El trabajador <i>Outsourcing</i> labora bajo las órdenes de la empresa <i>Outsourcer</i> y también de la empresa Cliente, ya que existen relaciones de colaboración empresarial entre ambas. Esta última da directrices técnicas, de cómo se debe ejecutar el servicio, ya que el trabajo <i>Outsourcing</i> implica un conocimiento especializado; y la segunda paga salarios y da órdenes de cómo lograr una mejor producción del trabajo solicitado por la empresa cliente.</p> <p>En el trabajo <i>Outsourcing</i>, la empresa <i>Outsourcer</i> cuenta con recursos financieros propios para prestar el servicio a la empresa cliente.</p>
DIFERENCIA ENTRE SUBCONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN	
SUBCONTRATACIÓN	INTERMEDIACIÓN
<p>En el caso de la subcontratación, cuando haya un conflicto de trabajo, los trabajadores del subcontratista, podrán exigir sus pretensiones laborales al subcontratista o al contratista; con éste último se podrá exigir solo cuando hayan realizado trabajos requeridos por éste.</p> <p>En la subcontratación, existe un contratista que es considerado patrono y un subcontratista que es patrono de los trabajadores que contrata para realizar trabajos requeridos por el contratista.</p>	<p>En la intermediación, el intermediario no es considerado como patrono y por consiguiente si aconteciera un conflicto laboral, se tendrá que obligar al patrono solicitante de la mano de obra.</p> <p>El intermediario no es considerado patrono.</p>
DIFERENCIA ENTRE SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y EL TRABAJO OUTSOURCING	
SUBCONTRATACIÓN	TRABAJO OUTSOURCING

<p>Lo que se busca es la realización de una obra o servicio que no es parte de las actividades productivas de la empresa, entiéndase operativas y estratégicas. Está contemplada en el Código de Trabajo de El Salvador, en el Art. 5. Existen sujetos laborales como el contratista, el subcontratista, el trabajador contratado y el trabajador subcontratado.</p>	<p>Lo que busca es descentralizar las actividades productivas de la empresa que no son del giro principal de la misma pero sí forman parte de sus actividades. No existe una regulación especial para este tipo de trabajo. Interviene la empresa Cliente, la empresa <i>Outsourcer</i> y el trabajador <i>Outsourcing</i>, en donde la empresa cliente que desea llevar a cabo la descentralización de actividades productivas, según la práctica comercial, no es patrono de los trabajadores contratados por el <i>Outsourcer</i>.</p>
--	---

Es notable que existe una clara diferencia entre la subcontratación, la intermediación y el trabajo *Outsourcing*. Este último, al no tener una correcta conceptualización en nuestras leyes laborales, hace difícil comprender que los trabajadores que operan bajo dicha figura tienen los mismos derechos que los demás trabajadores. Por lo que, a manera de comparación, en el siguiente capítulo se abordará la regulación internacional del trabajo *Outsourcing*.

CAPÍTULO V. EL TRABAJO *OUTSOURCING* EN EL DERECHO COMPARADO.

La legislación laboral de un país se considera un elemento más de las políticas de gobierno que inciden en el adecuado desarrollo del mercado laboral, en la inversión de capitales y en la creación de más y mejores empleos.¹⁷⁶ Dicha concepción no es del todo aplicada en la realidad de los países latinoamericanos, ya que el problema primordial que encontramos hoy en día con el contrato y el trabajo *Outsourcing*. En este capítulo se analizará las legislaciones laborales y jurisprudencias adoptadas por algunos de los países latinoamericanos que adoptan el trabajo *Outsourcing*.

5.1. Legislación nacional e internacional referente a la tercerización del empleo.

Al no existir una regulación específica del contrato y el trabajo *Outsourcing*, esto trae como consecuencia, la precarización laboral de los trabajadores bajo el régimen de *Outsourcing*, ésta hace referencia a los niveles por debajo de los estándares que se presentan en la mano de obra utilizada.¹⁷⁷ La masificación de la Tercerización Laboral ha sido provocada por la implementación del *Outsourcing* en el sistema empresarial en América Latina, por lo que en ciertos países que la conforman, se han visto en la tarea de establecer un régimen regulatorio.

En primer lugar, en México, el Derecho Laboral y Procesal Laboral está

¹⁷⁶ Hugo Maul R. et al., *Políticas laborales en América Latina: ¿oportunidades o barreras para el desarrollo?*, 2ª ed. (Guatemala: Centro de Investigaciones Económicas Nacionales-CIEN, 2004), 26, <http://www.hacer.org/pdf/CAFTA.pdf>.

¹⁷⁷ Oscar Ermida et.al., *Outsourcing, tercerización: respuestas desde los trabajadores*, (México: Centro de Investigación laboral y asesoría sindical, 2009), 14.

regulado por la Ley Federal del Trabajo, vigente desde el 1° de abril de 1970, es decir, que todos los derechos y obligaciones, así como las normas que garantizan el ejercicio de los mismos, están contenidos en esta Ley Federal. De esta manera, la figura del *Outsourcing* está regulada en los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, de donde se desprende lo siguiente¹⁷⁸: *“El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, a favor de otra persona física o moral que resulta beneficiaria de los servicios contratados, la cual fija las tareas para realizar y supervisar el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Se establece que el contrato de prestación de servicios, celebrado entre la persona física o moral que solicita los servicios y el contratista, debe constar por escrito”*.

A contrario sensu, en el Código de Trabajo de El Salvador, se determina una subcontratación que aunque así se denomine, es diferente a la que se establece en México, ya que, como se ha dicho anteriormente, se hace referencia al *Outsourcing*, es decir una descentralización de actividades productivas. En El Salvador, procede la subcontratación, solo en el caso de que haya un contrato mercantil ya existente entre el contratista y la empresa beneficiaria, dando lugar así al subcontratista que es contratado por el primero para realizar obras requeridas no por la beneficiaria sino por dicho contratista.

En los artículos en comento, se continua describiendo que: *“En el momento de la celebración, la contratante debe cerciorarse de que la contratista*

¹⁷⁸ Asiria Olivera Calvo et. al., “Causa y efecto de la reforma laboral en el Outsourcing” *Revista Boletín de Investigación de desarrollo y seguridad social*, n. 2 (2013): 9, <http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletincomssurno2.pdf>.

cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de las relaciones de sus trabajadores; además, se señala expresamente que, en todo caso, la contratante y los beneficiarios de los servicios se considerarán patrones para todos los efectos de la Ley.

Existe de esta manera, en el artículo 15-C de la Ley Federal de Trabajo, un cercioramiento y una organización del trabajo pactado por parte de la empresa beneficiaria con respecto a la *Outsourcer*, se verifica el desempeño del trabajo realizado por los trabajadores contratados por estas empresas, es decir, que la dirección técnica y administrativa corre a cuenta de la beneficiaria. A diferencia de El Salvador, pues al no regular el *Outsourcing*, no se determina la doble subordinación y por tanto ningún tipo de responsabilidad laboral. Además, se determina que: *Deberán de cumplirse las siguientes condiciones, que en caso de que no sea así, el beneficiario se considerará patrón para todos los efectos y consecuencias legales, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social:*

a) No podrá realizarse en las actividades sustantivas que constituyan el objeto principal de la empresa; b) Deberá justificarse por su carácter especializado que agregue un insumo adicional a los procesos de producción o de servicios; c) No podrá abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo; d) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del beneficiario.

Dichas condiciones deberán de cumplirse, para que el trabajo *Outsourcing* proceda en México, por lo que todas las empresas que utilizan esquemas de *Outsourcing* deberán cumplir con los cuatro requisitos que pide la Ley en su

Art. 15-A, para que sea un esquema legal y así evitar que las empresas beneficiarias no sean obligadas solidarias en caso de incumplimiento de derechos laborales de los trabajadores por parte de las empresas *Outsourcer*. Hay un punto que no está contemplado en la Ley Federal del Trabajo y es el caso donde un trabajador quisiera exigir su PTU¹⁷⁹ por parte de las empresas que resulten como responsables solidarias frente a la autoridad.

También el Artículo 15-D establece los casos en que se presumirá doloso el trabajo en régimen de subcontratación: *se presume doloso el trabajo bajo este régimen cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la beneficiaria a la contratista con el fin de disminuir derechos laborales*. Para lo cual se impondrá una multa por el equivalente de 250 a 5,000 veces el salario mínimo general. A diferencia de México, en El Salvador, no se establece en qué momento se considera doloso este tipo de trabajo.

La historia del trabajo tercerizado en Perú comienza en 1991¹⁸⁰, cuando se promulgó la Ley del Fomento de Empleo; con esta ley se debilitó la estabilidad laboral de los trabajadores, en 1992, luego del Golpe de estado de Fujimori, se potenció la Flexibilización Laboral a fin de reducir costos laborales con las empresas. En 1995 desaparecieron los Sindicatos y negociaciones colectivas, en 1997 se aprobó por medio del Decreto

¹⁷⁹ Véase. "Consultoría de Negocios, Participación de los trabajadores en las utilidades o PTU", acceso el día 4 de diciembre de 2015, <http://www.alcofin.com.mx/ptu.html>. La Participación de los Trabajadores en las Utilidades o más conocido por su abreviatura el PTU también está en la Ley Federal del Trabajo en el capítulo VIII y son los artículos desde el 117 hasta el 131 los que definen el pago, dicha prestación es una obligación de pago que asume el patrono y consiste en que los trabajadores tienen derecho a participar en un porcentaje sobre las utilidades de las empresas del 10%.

¹⁸⁰ Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú Afiliada a la CGTP, UIS y FSM, "¿Por qué derogar la Ley de Tercerización?" acceso el día 8 de diciembre de 2015, <http://www.solidaritycenter.org5.15CARTILLA-TERCERIZACION.pdf>.

Legislativo D.S. N° 003-97-TR, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual creó un panorama más factible para el despido arbitrario. Años más tarde, en el 2002, se aprobó la Ley de Intermediación Laboral, que permitía el arrendamiento de trabajadores, en ese momento se les comenzó a conocer como “services”. Desde el 2008, existe una ley que regula el *Outsourcing* y su respectivo reglamento, los cuales se denominan: Ley que regula los servicios de tercerización, conocida como la Ley N°29245 y el reglamento de la ley que regula los servicios de tercerización de decreto legislativo N° 1038.

Hay que tomar en cuenta que en Perú existe el termino tercerización, el cual según el artículo 2 de la Ley sobre los servicios de tercerización, se entiende como: *La contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.*

En Perú, el *Outsourcing* es denominado como tercerización y de cualquier manera es una forma de organización empresarial, por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, así denominadas en el respectivo reglamento, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma los cuales son ejecutados por personal calificado.

Según en el artículo 3 de la respectiva ley, éstos son: *los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.* Además, según el artículo 4 de la ley en comento, se da cuando: *En los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.*

Este es un tipo de *Outsourcing* denominado *Outsourcing in house*¹⁸¹, pues traslada al trabajador de la empresa tercerizada al centro de trabajo de la empresa principal, para que realice el trabajo especializado el cual según la ley, tiene que cumplir con los estándares de la empresa principal a pesar de estar subordinado a la empresa tercerizada. Se podría asemejar dicha figura a la intermediación laboral establecida en el Art. 4 del Código de Trabajo de El Salvador, ya que el intermediario solo contrata a los trabajadores para que realicen servicios a un patrono, sin existir vínculo laboral, ni ser una empresa especializada en brindar algún servicio, solo es la que coloca la mano de obra.

Se podría tomar en cuenta la responsabilidad laboral directa e inmediata que recae en la empresa principal (patrono) que establece la ley peruana y que no se establece en el Código de Trabajo de El Salvador.

¹⁸¹ Antonio Romero, "Outsourcing: ¿Qué es y cómo se aplica?", acceso el día 31 de enero de 2016, <http://www.gestiopolis.com/outsourcing-que-es-y-como-se-aplica/>.

Otro punto que se puede comparar con la legislación salvadoreña, es el caso de los artículos 2 y 6 de la Ley en comento, en cuanto a las garantías de derechos laborales, al establecer que *los trabajadores tercerizados tienen los mismos derechos laborales que un trabajador permanente y que no se perjudicará la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical, así como recurrir a una entidad jurídica especial para denunciar estos casos*. En Perú, la ley que regula los servicios de tercerización, ha generado una serie de atropellos a los derechos laborales (colectivos e individuales).¹⁸² En El Salvador, no existe una ley secundaria que regule estas prácticas empresariales.

Colombia no ha sido la excepción en cuanto a la adopción de estas tendencias neoliberales. Las relaciones jurídicas laborales de Colombia, están regidos por la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales y el Código Sustantivo del Trabajo. Es muy común la figura del *Outsourcing*, para la contratación de personal que realice el trabajo que necesitan; pero ¿cómo la figura del *Outsourcing* logra entrar en el sistema jurídico de Colombia?, la respuesta es el principio de la autonomía de la voluntad privada.

En el artículo 1602 del Código Civil colombiano, asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. La Corte Constitucional Colombiana define a la autonomía de la voluntad privada, como la delegación que el legislador hace en los

¹⁸² *Ibíd.* 145.

particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos¹⁸³ Un total de 380 compañías de servicios temporales están inscritas ante el Ministerio de Trabajo en 43 ciudades. La mayoría de ellas están en Bogotá, seguida de Barranquilla, Medellín, Cartagena, Bucaramanga, Santa Marta y Yopal. Todas generan en la actualidad un promedio de 300 mil empleos directos.¹⁸⁴

En Colombia contratar un *Outsourcing*, no es nada distinto a conseguir un contratista independiente, el cual, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 3.º del Decreto 2351 de 1965, agrupa personas naturales o jurídicas que se obligan, mediante un contrato civil o mercantil, a ejecutar una obra o a prestar un servicio a favor de un contratante o beneficiario. A diferencia del Intermediario, quien es quien se encarga de contratar los servicios de otras para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta de un patrono, por lo que no ejerce subordinación respecto a los trabajadores. El artículo 34 del CST.¹⁸⁵

Los sindicatos de trabajadores colombianos se oponen a esta forma de contratación, pues con ella se logra vincular a personas para trabajar en una empresa con salarios inferiores a los fijados para sus empleados directos, sin derecho a beneficiarse de la negociación colectiva y con un precario derecho de asociación en cuanto no gozan de estabilidad laboral, pues su relación laboral depende del contrato civil o comercial existente entre el contratante y contratista, que en forma ilegal termina imponiéndosele como condición de

¹⁸³ Sentencia de revisión, Referencia T-338 (Colombia, Corte Constitucional, 1993).

¹⁸⁴ Ministerio de Trabajo de la República de Colombia, acceso el día 28 de enero de 2016, <http://www.mintrabajo.gov.co/>, sitio consultado

¹⁸⁵ Katherine Bermúdez A., "Outsourcing y Derecho Laboral", *Revista discurso laboral*, n. 2, (2005): 3, <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/discursolab2.pdf>.

existencia de su contrato de trabajo.¹⁸⁶ En Colombia y El Salvador, en la última década, se han convertido en los mejores destinos en el mundo para la ubicación de servicios *Outsourcing*, principalmente por sus beneficios en costo, acceso a talento humano, apoyo del gobierno, compatibilidad cultural, ambiente político y económico. Pero al contrario de nuestro país, Colombia sí se ha dado a la tarea de normar este tipo de tercerización del empleo, un ejemplo es el Decreto 0722 del 15 de abril de 2013¹⁸⁷, por medio del cual se reglamenta la actividad de intermediación laboral.

En El Salvador, existen redes de empleo que muestran una gran cantidad de empleos en todo el país, por ello, se vuelve necesario reglamentar esta práctica, ya que a pesar de la promoción y colocación de están promoviendo empleos de baja calidad y cuyas condiciones no son óptimas para el trabajador. Uno de los países que inclusive eliminó las prácticas Tercerizadoras del trabajo fue Ecuador, con el Mandato Constituyente N° 8¹⁸⁸, que cuenta con un Reglamento de aplicación, el cual fue reformado en marzo del presente año, mediante el Decreto Ejecutivo No. 619 del 17 de marzo del 2015, emitido por el Presidente Rafael Correa. Este mandato busca erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionadas por el uso y abuso de los sistemas precarios de contratación laboral conocidos como tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y contratación por horas.

Por lo cual, la Asamblea Constituyente, en el artículo número 1 de dicho mandato, de manera tajante ordena: *“Art. 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de*

¹⁸⁶ *Ibíd.* 4.

¹⁸⁷ Decreto 0722 (Colombia, Órgano Ejecutivo, 2013).

¹⁸⁸ Mandato Constituyente No. 8, (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=79927&p_country=ECU&p_count=367.

las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”. Ecuador tiene la concepción de que debe suprimirse la posibilidad de que la tercerización se aplique a actividades permanentes y principales de la empresa usuaria, pues simplemente eso resulta incoherente con los conceptos más elementales de productividad, este país ha optado por eliminar las formas de tercerización del empleo. Una vez determinada la legislación de algunos países latinoamericanos, referentes al *Outsourcing* y a la Tercerización del empleo en general, es necesario hacer un análisis de la jurisprudencia aplicada a esa legislación, lo cual se presenta a continuación.

5.2. Jurisprudencia en algunos países de América Latina.

Con respecto a México, el Órgano Jurisdiccional que emite las respectivas jurisprudencias, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México por medio de sus diversas Salas. Dicha jurisprudencia puede ser formada a través de dos medios: por reiteración de tesis o por contradicción de tesis.¹⁸⁹ Antes de la reforma del 2012, de la Ley Federal de Trabajo y la falta de regulación del *Outsourcing*, se promovía en las juntas y los tribunales colegiados de México, asumir posturas que les permitieran decidir sobre dicho fenómeno. Es así que en los primeros pronunciamientos, se sostenía lo siguiente:

Según la tesis aislada, de amparo directo 11589/2004, del 12 de enero de

¹⁸⁹ Véase. Vega, Camacho y Godínez, “Jurisprudencia de México”, acceso el día 7 de febrero de 2016, <http://www.vcg.com.mx/index.php/jurisprudencia>. La reiteración de tesis consiste en que cinco sentencias sobre el mismo tema sean resueltas en el mismo sentido de manera ininterrumpida. Adicionalmente, las sentencias deberán ser resueltas con una votación idónea. Por otro lado la contradicción de tesis tiene su inicio cuando se denuncian criterios divergentes o contrarios por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por Tribunales Colegiados de Circuito.

2005, del Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito¹⁹⁰: se establece que si en un conflicto de trabajo se alega despido injustificado y el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con el trabajador, por existir un contrato de naturaleza civil o de suministro de personal, por virtud del cual una tercera empresa suministra trabajadores al beneficiario a cambio de una determinada cantidad, por los servicios prestados, y aquélla lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con el trabajador "suministrado", dicha excepción resulta improcedente, porque los extremos en que se apoya contravienen un principio esencial del derecho social contenido en el artículo 3o. de la legislación laboral, consistente en que "el trabajo no es artículo de comercio".

Así como las demás disposiciones que garantizan los derechos mínimos de los trabajadores contempladas en él, que son de orden público y deben observarse por todos los individuos en la Federación, ya que, por una parte, la empresa que suministra el personal a la beneficiaria no se constituye en intermediario laboral en términos de los artículos 12 a 15 de la Ley Federal del Trabajo, sino que en realidad utiliza el trabajo del personal que contratan las empresas beneficiarias como materia prima y, por otra, al relevar de todo compromiso laboral al verdadero patrón, pretende establecer nuevos actores en la relación entre el capital y el trabajo, como serían los "trabajadores suministrados" (que no gozan de todos los derechos que los demás trabajadores tienen en la empresa beneficiaria), convirtiéndose en patrones virtuales que por medio de contratos civiles se subrogan a los patrones en sus obligaciones laborales, lo cual está prohibido tanto por el apartado A del artículo 123 constitucional, como por su ley reglamentaria.

¹⁹⁰ Jorge Silva Méndez, "¿Cómo se regula el Outsourcing en México?" *Revista Electrónica SCielo*, n. 22 (2010), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932010-000100014&script=sci_arttext.

Según la Tesis Jurisprudencial núm. 2a. /J., 1/2011 de la Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala (Por reiteración)¹⁹¹, se estableció que la asignación de responsabilidad solidaria a las empresas beneficiarias de servicios, en cuanto a seguridad social, es totalmente constitucional, por lo que se determinó lo siguiente: *El beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones previstas en la Ley del Seguro Social en relación con los trabajadores puestos a su disposición y dirección por parte de un patrón, cuando este último hubiese incumplido con ellas y el Instituto Mexicano del Seguro Social previamente le haya requerido, ya que el legislador ordinario estimó que las empresas de prestación de servicios o de mano de obra especializados -llamadas outsourcing-, en ocasiones no cuentan con medios suficientes para cubrir las obligaciones derivadas del vínculo laboral.*

El anterior tiene por objeto la protección y bienestar de los trabajadores y sus familias, ya que si el patrono directo no cumple con sus obligaciones de seguridad social tendrá que asumirlas el beneficiario del servicio y más aún, que éste tenga conocimiento de las condiciones laborales de los trabajadores al estar éstos a su disposición, mando, dirección, lo que permite identificar plenamente al empleador directo, el lugar donde se ejecuta el trabajo, por lo que la misma sala establece que está en la posibilidad material y jurídica de responder solidariamente en este caso.¹⁹² Es constitucionalmente aceptable el *Outsourcing* en México, según Tesis jurisprudencial, de sentencia de amparo 244/2015, de la Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala, en sesión 24 de junio de 2015¹⁹³, se establece el criterio jurisprudencial, sobre el

¹⁹¹ VLEX México, "Jurisprudencia" acceso el día 8 de febrero de 2016, <http://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/jurisprudencial-segunda-sala-jurisprudencia-300846602>.

¹⁹² Cacheaux Cavazos & Newton CCN, "Jurisprudencia Reciente: beneficiarios de trabajos o servicios de outsourcing", acceso el 08 de febrero de 2016, <http://mexicoreport.com>.

¹⁹³ Sentencia de amparo, Referencia: 55/2014 (México: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), acceso el día 9 de febrero de 2016, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=161159&SinBotonRegresar=1>.

régimen de subcontratación, a partir de la reforma laboral de noviembre del año 2012 y en lo que resalta es en lo siguiente:

1.-Reitera el criterio jurisprudencial emitido en el año 2014 donde sólo las personas que acrediten laborar u operar bajo el régimen de subcontratación están facultadas para impugnarlos a través del juicio de amparo.

2.-Establece el concepto: “doble subordinación” como elemento esencial de la subcontratación, al explicar que el trabajador se sitúa bajo dos dependencias (subordinación): con la empresa que constituye el lugar donde se realizan las tareas, a cuyas reglas de organización se subordina, por un lado; y a la empresa que lo contrata en forma directa, con la cual establece su dependencia contractual, por el otro. En este caso, el trabajador es contractualmente independiente de la empresa usuaria de su trabajo pero subordinado a la organización del trabajo fijado por ésta.

3.-La SCJN desprende, del sistema normativo incluido en la Ley Federal del Trabajo, una prohibición que denomina “subcontratación dolosa” consistente en transferir, de manera deliberada, trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales, lo que será sancionado con multa.

4.-La regulación del régimen legal de la subcontratación tiene como principal objeto, fungir como una medida legislativa razonable, emitida y regulada principalmente, en beneficio y protección de los derechos de los trabajadores. La Segunda Sala de la SCJN consideró que dicha regulación está plenamente justificada porque derivó de la necesidad de la conveniencia social que imperaba en la época de la emisión del acto legislativo.

5.- Los artículos 15-A, 15-B y 15-C de la LFT persiguen un fin

constitucionalmente legítimo relacionado con la protección del derecho al trabajo de los empleados, que se materializa con el pago oportuno de sus salarios y demás prestaciones de seguridad social a las que tiene derecho, protegiendo al trabajador ante el eventual incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la contratista, permitiendo además que el beneficiario de los servicios contratados eventualmente pueda ser el garante ante el riesgo de que la contratista incumpla con sus deberes legales como patrón directo.

6.-Desde otra óptica, la norma legal en análisis tiene otro fin constitucionalmente válido, relacionado con el derecho del contratante a verificar que en el caso, la mano de obra especializada que subcontrató cumpla con las condiciones que establece el aludido artículo 15-A.

7.- Los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo, no restringen la libertad de trabajo o comercio; sólo regularon un esquema bajo el cual se protege el derecho al trabajo de los empleados, que se materializa con el pago oportuno de sus salarios y demás prestaciones de seguridad social.

En ese sentido, existe una figura que no se regula ni en la Ley Federal de Trabajo ni en jurisprudencia de la Suprema Corte y es el caso de la PTU, no obstante, según Tesis aislada de amparo directo 792/2011, del 17 de noviembre 2011, del tercer tribunal colegiado, en materia de trabajo del primer circuito¹⁹⁴, emitieron una jurisprudencia, que determinó que con independencia de la autonomía de las empresas, una aporte la fuerza de trabajo y la otra los bienes de trabajo y el patrimonio, sólo existirá una empresa.

¹⁹⁴ Justicia México, “Jurisprudencia que avala demandar a una empresa Outsourcing y la destinaria de servicio”, acceso el 09 de febrero de 2016, <http://justiciamexico.mx>.

En Perú, el máximo órgano jurisdiccional, es la Corte Suprema de Justicia de Perú, conformado por 7 Salas supremas y en cada distrito existen 29 Cortes Superiores de Justicia.¹⁹⁵ El *Outsourcing* es regulado en la Ley de servicios de Tercerización, pero la sociedad civil peruana, condenó la misma e interpusieron un recurso de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, para declarar la ilegalidad del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del D.L. N° 1083.¹⁹⁶ En el 2011, la Corte Superior declaró inaplicables los artículos 4.1 y 4.3 del Reglamento de la Ley de Tercerización, mediante Sentencia en revisión, recaída en el Exp. N° 169-08-AP, de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, de fecha 18 de febrero de 2011,¹⁹⁷ los cuales establecían:

1. Los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo, artículo 2º, de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

2. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla. Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar

¹⁹⁵ Poder Judicial de Perú, “Estructura Orgánica”, acceso el día 10 de febrero de 2015, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimacs/scsjlcortesuperiorlima>.

¹⁹⁶ Juan José Camavilca Valladares, “Jurisprudencia al día tercerización de Servicios”, (blog), 10 de febrero de 2016, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juancamavilcavalladares/2011/02/16/jurisprudencia-al-dia-tercerización-de-servicios/>.

¹⁹⁷ Corte Superior de Lima. *Diálogo con la Jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial y la inaplicabilidad de algunas disposiciones del Reglamento de la Ley de Tercerización*, (Lima: Corte Superior, 2011), <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com>.

equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

La decisión que tomó la Segunda Sala Laboral de Lima tiene dos aspectos de especial relevancia:¹⁹⁸ La sala señaló que el artículo 4.1 del reglamento permite una evaluación de la “autonomía empresarial” en cada caso concreto, lo cual contraviene lo señalado en el artículo 2 de la Ley N° 29245 en la medida en que la definición y características de la tercerización están delimitadas por dicha norma. También destacó que el artículo 4.3 del reglamento desnaturaliza la tercerización, pues permite que el equipamiento por ser utilizado en la tercerización pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento de que forma parte con la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación

Por tanto, la decisión de la Segunda Sala Laboral de Lima, va encaminada a que no se tiene que desnaturalizar la tercerización con la figura de la Autonomía empresarial. Es decir, que si existe una autonomía empresarial por parte de la empresa tercerizadora implica que son autónomas en cuanto al financiamiento de los servicios y esto no puede ser debido a que lo que caracteriza una tercerización de servicios es la retribución de otra empresa para el desarrollo de la actividad. De igual modo, el Tribunal Constitucional de Perú, en sesión de pleno jurisdiccional, con sentencia de amparo N° 02111-2010-PA/TC, de fecha 24 de enero de 2012¹⁹⁹, por primera vez ordenó en vía de amparo (“proceso célere”) incorporar a la planilla de la

¹⁹⁸ *Ibíd.* 5.

¹⁹⁹ Sentencia de amparo, Referencia: 02111-2010-PA/TC, (Perú, Tribunal Constitucional, 2012), <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02111-2010-AA.pdf>.

empresa usuaria a los trabajadores de una service (afiliados a un sindicato de rama), refirió Pedro Manuel Corrales, jefe del área laboral del estudio Echeopar, en Lima, Perú²⁰⁰. El Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad (Sutrel), -sindicato de rama - que agrupa a varias empresas services eléctricas, interpuso una demanda de amparo contra Edelnor y Cam Perú, para que se declare la relación laboral de sus afiliados con Edelnor y el pago de sus beneficios. La sentencia señaló que se afectó los derechos sindicales, pues Cam Perú no aceptó el pliego de reclamos de Sutrel alegando que como el sindicato no pertenece al sector eléctrico (sino servicios), sus trabajadores no están representados. Por lo que el fallo precisa que el Ministerio de Trabajo ayude a incorporar a la planilla a todos los trabajadores en una situación homogénea.

En Colombia, la tendencia del *Outsourcing* se implementa generalmente de tres formas: cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratos de obra o servicios con contratistas independientes. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 53 y la legislación laboral colombiana, en el artículo 14, consagran el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el cual establece que hay un mínimo de derechos consagrados que son de obligatorio cumplimiento, en los cuales no hay un espacio para modificaciones por la autonomía de la voluntad de las partes.

Colombia trata de establecer la naturaleza de la relación existente entre la empresa que contrata y el trabajador, por ello su Corte Suprema de Justicia ha manifestado: *“Muchas veces se trata de dar a un trabajador subordinado la apariencia de un trabajador autónomo. Esta situación es tan frecuente que*

²⁰⁰ Miguel Juape Pinto, "TC falla a favor de sindicatos en caso de tercerización", Diario La Gestión, 4 de mayo de 2012, sección Economía y Negocios, <http://gestion.pe/2012/05/03/economia/tc-falla-favor-sindicatos-caso-tercerizacion-200>.

obliga a los tribunales a determinar la verdadera naturaleza de la prestación. En esta forma, las disposiciones del Código Civil sobre la simulación de los contratos se borran para penetrar en el contrato realidad; esto es, en la ejecución en la prestación de un trabajo para llegar a la determinación de la naturaleza del vínculo que liga a las partes”.

Si una empresa busca disponer del trabajo tercerizado para su empresa y ésta continúa utilizando los servicios de los empleados, bajo su supervisión, con cumplimiento de órdenes directas, con la exigencia del cumplimiento de determinadas horas de trabajo y en general, ejerciendo actitudes propias del empleador, no estaría variando la relación laboral inicial.

Bajo esta premisa, la Corte Colombiana expone que las labores no extrañas a las actividades normales de la empresa son aquellas que tengan el carácter de conexas e inherentes a las mismas: *“La responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente (forma empleada en la legislación laboral Argentina), o también conexas (fórmula aún más amplia en la legislación laboral venezolana), con actividad ordinaria del beneficiario. Nuestro Código Sustantivo del trabajo...al referirse a “labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio”, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las ordinarias del beneficiario”.*²⁰¹

¿Qué sucede cuando existe un conflicto entre el trabajador que prestó servicios bajo el *Outsourcing* y el patrono? El artículo 34 del CST indica que el beneficiario de la obra o contratante será solidariamente responsable por

²⁰¹ Sentencia de Casación, (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 1968).

las obligaciones laborales del contratista en el caso que las labores encomendadas a este último no sean extrañas a las actividades normales en su empresa. La CSJ ha identificado tres situaciones procesales.²⁰²

a) “El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis;

b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un litisconsorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente, y

c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente “existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo.

Contrario de El Salvador, Colombia tiene una interpretación más amplia de la legislación laboral, que básicamente dicha interpretación se basa en la Teoría de la Relación Laboral, que aunque está contemplada en nuestro Código de Trabajo, en nuestra jurisprudencia pareciese que se tratase de aplicar más la teoría contractualista. Hay una enorme brecha en cuanto la protección jurisdiccional laboral colombiana y la salvadoreña, ya que para como está diseñado nuestro Código de Trabajo y como están redactadas

²⁰² Sentencia de Casación, (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 1994).

nuestras sentencias, no es concebible que pueda buscarse un resarcimiento de daños persiguiendo a quien recibe el servicio de *Outsourcing*.

En el sistema judicial de Ecuador se ha implementado a cabalidad el Mandato Constituyente N° 8, anteriormente citado, prueba de ello es la sentencia de las nueve horas del día veintidós de enero de 2013, emitida por la Sala de lo Laboral, de la Corte Nacional de Justicia²⁰³, dirigida por la Doctora Rocío Salgado, en donde se promovió un recurso de Casación pronunciada por la Primera Sala Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 23 de junio del 2011, a las ocho horas con cuarenta y cinco minutos. En dicha sentencia, se determinó que la relación laboral existente entre la trabajadora recurrente y la empresa demandada, es por su naturaleza permanente, por lo que la actividad ejecutada no tiene la calidad de eventual, como alegaba la parte demandada.

De acuerdo a su normativa laboral²⁰⁴, se determinó que la ficción de contrato eventual creada por el empleador, al no tener asidero legal determina que la relación laboral sea de carácter indefinido y su terminación por el supuesto cumplimiento del plazo, configura el despido intempestivo, ordenando el pago de la indemnización, estableciendo: "*en el caso de la intermediación y tercerización ordenada que los trabajadores sean asumidos por la empresa usuaria o beneficiaria del servicio, creándose así un vínculo directo*". Esta es una de las premisas en que se basa el Mandato Constituyente N° 8.

En El Salvador, no se cuenta con una Ley de Tercerización, ni con jurisprudencia sobre la Tercerización y sus implicaciones laborales, ni

²⁰³ Resolución Interlocutoria, Referencia 04-2012 (Ecuador, Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, 2013), <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2013/R33-2013-J871-2011.pdf>.

²⁰⁴ Código del Trabajo de Ecuador (Ecuador: Congreso Nacional, 2014), Art. 17.

siquiera con una regulación especial sobre la Intermediación Laboral. Sobre esta situación se expuso anteriormente, en el capítulo IV, que El Salvador aún no ha ratificado el convenio 181 de la OIT “*Convenio sobre las agencias de empleo privadas*” y pese a ello ha estado promoviendo esta figura con el fin de promulgar y masificar el empleo. Nuestro país cuenta con muchas redes de empleo que se dedican a la colocación de personal en empresas nacionales e internacionales que tienen domicilio en el país. Los empleos que manejan estas redes son, en un ochenta por ciento, provenientes de empresas *Outsourcer*, que ofrecen plazas para colocar en empresas que requieren empleados en las áreas de limpieza, planillas, *call center*, vigilancia, entre otros²⁰⁵.

El Salvador no cuenta en el país con una normativa que proteja de prácticas tercerizadoras que pongan en detrimento los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*. En este sentido el nivel de indefensión y violación a dichos derechos es sumamente alto. Al contrario de México, Perú, Colombia y Ecuador, El Salvador no posee una normativa que delimite qué tipo de actividad debe ser considerada como tercerizada y temporal, tal como se ha planteado en reiteradas ocasiones, lo que permite que cualquier actividad inclusive la de carácter principal y permanente sea tomada como tercerizada. Cuando se habla de actividades importantes, se toma en cuenta que el desarrollo de las mismas potencia la actividad principal de la empresa, debido a que son conexas.

Este tipo de *Outsourcing* estratégico, se vincula a las Empresas que desarrollan el anteriormente llamado *Bussines Process Outsourcing*, y las empresas que utilizan esta modalidad son las que brindan servicios de *Call*

²⁰⁵ Portal Nacional de Empleo, “Red Nacional de Empleo”, acceso el 9 de diciembre de 2015, <http://www.renacempleo.gob.sv/Default.aspx?opID=3>.

Center. Si se siguiese en El Salvador, la línea de protección laboral, que los demás países han implementado en su sistema laboral, la actividad que realizan los trabajadores que son contratados por empresas *Outsourcer*, para realizar la prestación de sus servicios en un *call center*, ya sea como atención al cliente o asistencia técnica, sería catalogada como permanente. Al ser una actividad tan importante, no debería tomarse como externa, más bien debería ser catalogada como una actividad principal y la responsabilidad y costos laborales, por ende deberían ser asumidos por la misma empresa Cliente, cuando la empresa *Outsourcer*, no pueda hacerse cargo de las mismas. Lo anterior deja entredicho, que no toda actividad que se externaliza, debe llamarse vagamente “tercerizada”.

Por todo lo anterior, es evidente que El Salvador corre el riesgo de ser catalogado como un país permisivo a violaciones de derechos fundamentales de los trabajadores; por lo que para contrarrestar esta situación, que ya se está viviendo, se debe crear una normativa que proteja al trabajador “tercerizado” y más específicamente a los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*, ya que el *Outsourcing* es por mayoría, la forma más común de trabajo tercerizado en el país.

CAPITULO VI. ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS ESTADISTICOS.

Para poder demostrar si hay una correcta aplicación entre la norma y el hecho social regulado, se realizó una investigación empírica cuantitativa, en la cual se estudió el trabajo *Outsourcing*, como el producto de la flexibilización laboral, y el conjunto de normas referentes a los sujetos que intervienen en este tipo de trabajo.

Además se utilizó el método hipotético deductivo, con el cual partimos de las afirmaciones de carácter general de la presente problemática, como lo es su marco teórico, histórico o de referencia, con el fin de explicar el hecho particular, es decir la ineficacia de los derechos laborales de los Agentes Teleoperadores. Las técnicas aplicadas para tal efecto, fueron las encuestas brindadas a los Agentes Teleoperadores y la entrevista realizada a un delegado del Ministerio de Trabajo.

En un principio se determinó que las encuestas serían realizadas en tres *call center*, para lo cual se planeó ejecutar un muestreo probabilístico estratificado, dividiendo la población en estratos; sin embargo, cuando se quiso ejecutar dichas encuestas, se observó la inaccesibilidad de los trabajadores para brindar la información solicitada, que este tipo de muestreo requería, por lo que se optó por llevar a cabo un muestreo aleatorio simple, teniendo siempre como objeto de Análisis los mismos tres centros de llamadas. De esta manera se contó con un universo de análisis de mil ochocientas cincuenta y siete personas, por estas tres empresas, de las cuales se tomó de cada una de manera aleatoria y al azar, las encuestas necesarias para llegar a la muestra de este universo, la cual es de trescientas dieciocho personas. Por lo que el marco muestral, se formó por

los trabajadores contratados por las empresas *Outsourcer*, *Atento*, *Sykes* y *Benson*, ya que éstas poseen la población más grande de trabajadores de centros de llamadas y en donde se manifiestan la mayor parte de violaciones a los derechos de éstos trabajadores, cuyo número asciende a mil ochocientos cincuenta y siete.

DETALLE DE LA POBLACIÓN EN ESTUDIO.

Numero	Empresa Outsourcer de Subcontratación de Procesos de Negocios (Centros de Llamadas)	Número de trabajadores
1	<i>Atento</i>	1100
2	<i>Benson</i>	250
3	<i>Sykes</i>	507
<i>Total</i>		1857

PROCEDIMIENTO PARA SACAR EL TAMAÑO DE LA MUESTRA.

$$n = \frac{Z^2 \cdot P \cdot Q \cdot N}{(n-1) E^2 + Z^2 (P)(Q)}$$

Donde:

n= Tamaño de la muestra

Z = Nivel de confianza requerido

P = Probabilidad de éxito

Q= Probabilidad de fracaso

E= Error muestral

N= Total de la población

Para el presente estudio se manejaron las siguientes restricciones:

$$E = 5\% = 0.05$$

$$Z = 1.96 \text{ (Valor que comprende un coeficiente del 95\%)}$$

$$P = 50\% \text{ P. } 0.50$$

$$Q = 50\% \text{ Q. } 0.50$$

DESARROLLO DE LA FORMULA

$$1. \underline{n=(1.96)^2(0.50)(0.50)(1,857)}$$

$$(1,857-1)(0.05)^2 + (1.96)^2(0.50)(0.50)$$

$$2. \underline{n= (3.8416) (0.25) (1,857)}$$

$$1856 (0.0025) + (3.8416)(0.25)$$

$$3. \underline{n= (0.9604) 1857}$$

$$4.64 + 0.9604$$

$$4. \underline{n= 1063.163}$$

$$5.6004$$

$$5. \underline{n= 318.45}$$

$$6. \underline{n= 318}$$

DESARROLLO.

1. Sexo: anexo cuadro 1: La encuesta iniciaba con los datos generales de cada agente teleoperador, en ese sentido el gráfico anterior detalla que el 44.33 % es de sexo femenino y el 55.66% es de sexo masculino, por lo que se puede evidenciar que hay más hombres laborando en este tipo de empresas.

2. Grado de estudio: anexo cuadro 2: Continuando con los datos generales, el grado de estudio refleja un alto porcentaje en el ítem Universitario, ya que asciende al 58.49%, seguido por el profesional con un 22.32% y en un menor porcentaje el del Bachiller con el 19.18%. Debido a que en este tipo de trabajo es indispensable el manejo del idioma inglés.

3. Edad: anexo cuadro 3: El 51.57%, de los encuestados tiene entre 18 y 25 años de edad, por lo que se refleja que en su mayoría se requiere para este tipo de trabajo a personas jóvenes.

4. ¿Posee usted un contrato laboral con la empresa en la que

actualmente trabaja?: anexo cuadro 4. El 68.86%, de los agentes teleoperadores encuestados respondió que sí posee un contrato laboral, mientras que un 21.38% respondió que no posee tal contrato, dejando un 9.74% de la población encuestada que no opina. Ahora bien, la mayoría de estos trabajadores sí se encuentran amparados por esta fuente de derecho laboral, en donde se encuentran enmarcados tanto los derechos como las obligaciones de ambas partes contratantes; si bien es cierto en este tipo de empresas se maneja la figura del trabajo a prueba, el cual se encuentra regulado en el Art. 28 del Código de Trabajo, en estas empresas, el período de prueba de 30 días que establece el anterior artículo, no es aplicado ya que éstas empresas manejan plazos de prueba desde dos semanas hasta dos meses , esto según la información solicitada a los encuestados.

Como consecuencia, estos trabajadores si son cesados de sus labores después del período de prueba de 30 días, tienen derecho a una indemnización por despido injusto, pues al sobrepasar ese término, se entiende por ley que se vuelve un contrato de trabajo por tiempo indefinido. De esta manera se concluye que en este tipo de trabajo no se apega totalmente a lo establecido en la ley laboral, ya que todo trabajador que haya culminado el respectivo periodo de prueba, que consta de treinta días y que aun sigue brindando sus servicios a la misma empresa, se entiende que está sujeto a una relación jurídica laboral amparada por el Código de Trabajo.

5. ¿Posee un ingreso mayor al salario mínimo legal vigente?: anexo cuadro 5: Los empleados que fueron objeto de esta encuesta, respondieron que poseen salarios bastante similares y atractivos (de dos a tres veces el salario mínimo), en ese sentido, el salario total comprende una retribución monetaria directa que incluye: salario base, incremento por méritos, e incentivos. Asimismo, hay una retribución monetaria indirecta, la cual abarca:

programas de protección, servicios varios y tiempo no trabajado. De igual modo, existe una retribución no monetaria, la cual comprende: reconocimiento y estatus, seguridad en el empleo y oportunidades de ascenso.²⁰⁶

En cuanto a lo anterior, se puede concluir que a pesar de que los salarios sean mayores al salario mínimo vigente en el país, aun así no existe una nivelación salarial respecto a los trabajadores salvadoreños con los trabajadores estadounidenses, que prestan el mismo servicio para una misma empresa, volviendo atractivo para este tipo de empresas *Outsourcer* invertir en sus *Call center*, en el país; debido a que, se obtienen beneficios fiscales y reducción salarial favorable a su productividad.

6. ¿Está afiliado a alguna AFP?: anexo cuadro 6: El 74.21 % de los trabajadores respondió que sí se encuentra afiliado a una AFP, mientras que el 21.69% respondió que no; ésto último debido a que se encontraban aún en período de prueba. Con respecto al 4.08% de los trabajadores que respondieron que desconocen si existe o no afiliación, fue debido a que aun no conocían con certeza las condiciones de trabajo para las cuales desempeñaban su servicio en el *Call Center*, debido a que era su primer empleo.

7. Si su respuesta fue si ¿a cuál AFP se encuentra afiliado?: anexo cuadro 7: El 58.17% de los encuestados respondió que se encuentran afiliados a la Administradora de Fondo de Pensiones CRECER y el 35.53% se encuentra afiliado a CONFIA, mientras que un 6.28% no opinó en cuál A.F.P. se encontraba afiliado. De acuerdo a lo anterior, se puede destacar

²⁰⁶ Sistema de recompensas en El Salvador.

que muchos de los trabajadores encuestados ya se encontraban afiliados en anteriores trabajos, por lo que solo continuó con la misma afiliación en el respectivo Centro de llamada; y con respecto a los trabajadores que no opinaron, nos manifestaron que fue porque no poseían tal afiliación, ya que estaban en período de entrenamiento para ingresar al trabajo.

8. ¿Se encuentra cotizando actualmente en el seguro social?: anexo cuadro 8: Respecto a esta interrogante, el 72.95% de los encuestados dijo que si se encontraban cotizando al Seguro Social mientras que solo un 21.69% dijo que no; esto debido a que varios de los respectivos trabajadores se encontraba en periodo de prueba, por lo que algunos no cotizaban esta prestación, debido a que el empleador no brindaba esa prestación. Por otro lado, el 5.34% de los trabajadores no opinó.

9. ¿Existe un nivel alto de competitividad entre sus compañeros de trabajo, de la empresa donde labora?: anexo cuadro 9: De acuerdo a esta interrogante, hay que tomar en cuenta que por competitividad se entiende a aquel esfuerzo en las labores de cada Agente Teleoperador, para obtener un beneficio extra que no forman parte de las prestaciones laborales. En ese sentido, el 86.16% de los trabajadores respondió que sí existe competitividad entre sus compañeros de trabajo, debido a que si alguno de ellos cumplen con una meta establecida por los supervisores, les regalan un celular o un bono; sin embargo, aquí hay que tomar en cuenta que este tipo de trabajadores, confunden un bono con un aguinaldo, ya que el bono no es proporcional a la cantidad de dinero que legalmente les correspondería en concepto de aguinaldo.

10. ¿Considera que la causa principal de esta competitividad es para obtener un mejor nivel salarial?: anexo cuadro 10: El 71.38% respondió que

sí se obtiene un mejor nivel salarial, cuando se realizan las labores de manera competitiva, es decir, quien realice las llamadas o desempeñe una mayor función, será acreedor de una retribución monetaria, que puede consistir en un bono extra al salario base. Incentivando así al teleoperador a trabajar por metas, entre más metas cumplidas, mayor retribución salarial. Dejando a un 16.03% de encuestados que respondieron de manera negativa y un 12.57% que no opinó.

11. ¿Posee usted todas las prestaciones de ley a las que tiene derecho todo trabajador?: anexo cuadro 11: La importancia de esta interrogante es crucial para este trabajo de investigación, debido a que un trabajador que desconoce cuáles son las prestaciones de ley a las que tiene derecho, es incapaz de exigir las. Por consiguiente, este tipo de trabajadores, al ser encuestados, en sus respuestas reflejaron que el 48.74% de los teleoperadores sí poseen todas las prestaciones de ley, mientras que un 37.10% dijeron que no las poseían, dejando a un 14.15% de encuestados que no opinaron. Por lo anterior, es evidente que de la muestra total, ni siquiera el 50% de los encuestados puede asegurar que conoce si posee todas las prestaciones de ley, para lo cual más adelante se explicará la contradicción existente entre los mismos trabajadores, sobre sus derechos laborales.

12. Si su respuesta es no ¿Cuál de esas prestaciones es la que no posee?:
12.1. Derecho a la asociación, sindicalización y huelga: anexo cuadro 12: Con respecto a este gráfico el 95.91% respondió que no posee el derecho de Asociación y sindicalización y huelga, evidenciando así que existe una discrepancia entre esta pregunta y la número once, ya que casi el cincuenta por ciento de la población encuestada (48.74%) respondió que si poseía todos los derechos laborales, pero en este punto es claro que los agentes

teleoperadores desconocen cuáles son en específico sus derechos. Otro punto muy importante que demuestra este gráfico es que, existen 13 personas que respondieron que si poseían tal derecho, para lo cual es necesario aclarar que se tratan de trabajadores de la empresa *Benson*, que al ser compañeros de otros trabajadores que respondieron que no, llama la atención su respuesta ya que al ser compañeros de la misma empresa respondieron de diferente forma.

Por lo que se planteó una nueva pregunta, la cual es la siguiente: ¿Por qué cree que tiene el derecho de asociación, sindicalización y huelga? A lo que ellos respondieron, que desconocía la existencia o no de una política de prohibición a este derecho, por lo que lo consideraban permitido. Ahora bien, volviendo al porcentaje mayoritario de este gráfico, las empresas de Servicios de Contacto con el Cliente, tienen dentro de sus principales políticas la prohibición del derecho de sindicalización y huelga, tal aseveración fue comprobada por los mismos trabajadores de estas empresas (*SYKES, BENSON* y *ATENTO*), al momento de realizar la encuesta.

12.2. Derecho al aguinaldo: anexo cuadro 13: Antes de explicar el presente gráfico, es necesario aclarar la diferencia que existe entre el derecho de aguinaldo y la gratificación monetaria, haciendo referencia en este caso al bono. En ese sentido, de acuerdo al Artículo 196 del Código de Trabajo, en relación al Art. 38 Ordinal 5º de la Constitución de La República, se establece que los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo, la cual puede ir acreciendo de acuerdo a la antigüedad y al salario del trabajador. Con respecto al bono, de acuerdo al Art. 119, inciso 3º, del Código de Trabajo, se puede determinar que este es un tipo de gratificación que no constituye salario, el cual es brindado a discrecionalidad del patrono. De acuerdo a lo anterior, se puede evidenciar con el presente gráfico que los

Agentes Teleoperadores, confunden la figura del bono con la figura del aguinaldo, ya que el monto mínimo de Aguinaldo que deberían tener, tomando en cuenta el salario más bajo de los *call center*, equivale a \$200.00 y los trabajadores encuestados manifestaron recibir una cifra menor a esa. Dicho sea de paso, los Agentes Teleoperadores reciben esta cantidad de dinero como una forma de compensación por alcanzar metas puestas por sus supervisores, de acuerdo a estándares que las empresas Clientes solicitan del servicio.

12.3. Derecho a la vacación remunerada: anexo cuadro 14: Con respecto al derecho de la Vacación Remunerada, es notable que la respuesta totalitaria de los trabajadores encuestados sea positiva, debido a que este derecho es respetado en *SYKES*, *BENSON* y *ATENTO*. Dando un cien por ciento de Agentes Teleoperadores que gozan de este derecho.

12.4. Derecho a días de asueto remunerado: anexo cuadro 15: Más del cincuenta por ciento de los Agentes Teleoperadores, respondieron que aunque deben presentarse a trabajar en días de asueto nacional, estos no son pagados de la manera estipulada en el Código de Trabajo en su Artículo 192 inciso primero: *“Los trabajadores que de común acuerdo con su patrono trabajen en día de asueto, devengarán un salario extraordinario integrado por el salario ordinario más un recargo del ciento por ciento de éste”*. En este caso, los Agentes Teleoperadores solo reciben la paga por un día normal de trabajo.

12.5. Derecho a la jornada ordinaria diurna de 8 horas y semana laboral de 44 horas: anexo cuadro 16: En este gráfico, se refleja que la mayoría de los trabajadores encuestados sí poseen una jornada diurna dentro del rango establecido por la ley, según lo estipulado por el Art. 161 inciso 3º del Código

de Trabajo; pero existe un porcentaje considerable (26.72%) de Agentes Teleoperadores, cuyos horarios de trabajo exceden lo permitido en la ley y no se encuentra en ninguna de las excepciones contempladas en el Código de Trabajo; la mayoría de la estos trabajadores encuestados fueron de ATENTO, cuya jornada diaria va desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la noche, mostrando una clara violación a los estipulado por el Código de Trabajo.

12.6. Derecho a la jornada ordinaria nocturna de 7 horas y semana laboral de 39 horas: anexo cuadro 17: La mayoría de agentes teleoperadores (93.39%) respondieron que sí poseen una jornada ordinaria nocturna, dentro de las pautas legales establecidas en el Código de Trabajo, hay que resaltar que aún sigue existiendo dentro de estas empresas de trabajo un porcentaje de trabajadores a los cuales no se les respeta este derecho; esto debido en su mayoría a la imposición de metas correspondiente a una serie de carteras de clientes que las empresas *Outsourcer* manejan. Por lo que el turno se sobrecarga y exige del Agente Teleoperador más tiempo para culminar con las metas establecidas. Este porcentaje aunque menor del diez por ciento (6.60%), es una clara violación a este derecho.

12.7. Derecho al pago de recargos por nocturnidad: anexo cuadro 18: En los *call center*, se maneja la figura de horario rotativo, lo cual implica que en el contrato de trabajo se estipula que la jornada de trabajo podrá ser diurna o nocturna. El porcentaje del 6.60% respondió que pese a que trabajan en horario nocturno, éste no es remunerado según lo establecido por el Art. 168 del Código de Trabajo “*Las labores que se ejecuten en horas nocturnas se pagarán, por lo menos, con un veinticinco por ciento de recargo sobre el salario establecido para igual trabajo en horas diurnas*”. Los trabajadores mencionaron que no conocían en específico cuál es el recargo que debía

hacerse al salario por el trabajo realizado en horario nocturno, y reiteraron así que no se les hacía tal aumento.

12.8. Derecho a la licencia de maternidad y su respectiva remuneración: anexo cuadro 19: La licencia por maternidad es una obligación del patrono, en este caso son las empresas *Outsourcer*, las encargadas de velar por el cumplimiento de este derecho, esto según lo establecido por el Art. 309 inciso 1 del Código de Trabajo, el cual establece: *“El patrono está obligado a dar a la trabajadora embarazada, en concepto de descanso por maternidad, dieciséis semanas de licencia, diez de las cuales se tomarán obligatoriamente después del parto; y además, a pagarle anticipadamente una prestación equivalente al setenta y cinco por ciento del salario básico durante dicha licencia”*.

Según este gráfico, hay una clara violación a la misma, ya que el 78.87% de Agentes Teleoperadores encuestados, aseguraron que no se cumple con dicho derecho, esto referido a que el período dado por las empresas *Outsourcer*, para las embarazadas es menor al legal. En el primer gráfico se presentó que la mayoría de la población encuestada son mujeres, pero aun así el porcentaje masculino también aseguró el irrespeto al período de licencia que deben tener sus compañeras.

12.9. Derecho a lactancia en horas laborales: anexo cuadro 20: Según el Art. 312 inciso segundo del Código de Trabajo, si una trabajadora lacta a su hijo, tendrá derecho con este fin, a una interrupción del trabajo de hasta una hora diaria. A su pedido esta interrupción se podrá fraccionar en dos pausas de treinta minutos cada una. Ahora bien, este derecho no solo consiste en la pausa, sino que además las mismas deben ser remuneradas como horas de trabajo. Según este gráfico, doscientos cincuenta y cinco Agentes

Teleoperadores, equivalentes al 80.19%, respondieron que no se les respeta dicho derecho.

12.10. Derecho a las salas cuna: anexo cuadro 21: En este último gráfico, se presenta una clara violación a la legislación laboral, aunque dicho sea de paso, en la mayoría de trabajos en el país, dentro de las instalaciones del área laboral no cuentan con esta prestación, aunado a eso las instalaciones no son las más recomendables para trabajar. Por todo lo anterior, se debe concluir en un primer lugar que en este tipo de trabajo tercerizado, existe una relación jurídica laboral entre el Agente Teleoperador y la empresa *Outsourcer* que se basa en la teoría contractualista; por otro lado, existe otro tipo de relación jurídica laboral entre el mismo trabajador y la Empresa Cliente, basándose en la teoría de la relación de trabajo, teniendo dichas teorías su fundamento jurídico en el Código de Trabajo y demás leyes laborales antes citadas.

En segundo lugar, dichas relaciones laborales, son de tipo especial debido a que no logra enmarcarse en el ordenamiento jurídico laboral, ya que constituye una relación laboral especial aparejada a una relación jurídica mercantil, siendo estas consecuencias de la Flexibilización laboral. A consecuencia de la situación anterior, la norma jurídica laboral vigente no protege a plenitud a los Agentes Teleoperadores, al ser estos partes de una relación tripartita laboral, relación que no se encuentra como un supuesto jurídico en el Código de Trabajo y por lo tanto deja entre dicho la eficacia funcional de la norma laboral.

CAPITULO VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

7.1. Conclusiones.

Las conclusiones de esta Investigación de pregrado se abordarán en dos puntos de vista, ya que se tomará en cuenta el aspecto teórico del trabajo *Outsourcing* y el aspecto práctico del mismo, enfocándose en la eficacia de los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*, que brindan servicios de *call center*. Por lo que se puede concluir lo siguiente:

Se afirma que la Globalización es un proceso de interrelación entre países, que acontece en un sistema económico neoliberalista, adoptado por dichos países y caracterizados por la no intervención estatal; lo que propicia el panorama perfecto para que surja la Flexibilización laboral, que trae como consecuencia, prácticas tercerizadoras, amparándose en la libertad contractual; es decir, la celebración de contratos mercantiles como el *Outsourcing*.

Se determina, que del contrato mercantil *Outsourcing* se deriva una relación laboral, la cual se le conoce como el Trabajo *Outsourcing*, que es realizado por el personal contratado por la empresa *Outsourcer*, en donde se realiza la prestación de un determinado servicio a la empresa cliente que lo solicita. Lo anterior implica que quien recibe la prestación del servicio, por parte del trabajador, no es el mismo que paga el salario de éste, por lo que existe una relación tripartita en esta especie de trabajo. Y de acuerdo a la teoría de la relación de trabajo, existe una relación jurídica entre la empresa cliente y el trabajador de *call center*, es decir, que desde el momento en que el trabajador presta sus servicios y éstos van destinados para este tipo de

empresa, sin necesidad de existir un contrato laboral, se establece la existencia de una relación jurídica laboral, aunado a esto existe una subordinación técnica y administrativa entre la empresa cliente y el Agente Teleoperador, confirmando que existe una relación jurídica laboral con la empresa *Outsourcer*, al igual que con la empresa Cliente.

Se afirma que el Trabajo *Outsourcing* se diferencia de los tipos de tercerización laboral, como la intermediación laboral y la subcontratación laboral, contempladas en los Artículos 4 y 5 de nuestro Código de Trabajo respectivamente. En el sentido que, en cuanto a la primera figura, el intermediario, no es considerado patrono; mientras que la empresa *Outsourcer* sí es catalogado como tal. En cuanto a la subcontratación laboral, se solicita la ejecución de una actividad que no pueda ser solventada por la misma empresa, en cambio en el trabajo *Outsourcing*, lo que se da es una descentralización de actividades productivas; es decir, que son actividades que la misma empresa puede desarrollar, pero que decide descentralizar para efecto de dedicarse únicamente a su giro principal. Por lo que, las figuras de la intermediación y la subcontratación planteadas en el capítulo IX de este trabajo, obedecen a la definición legal salvadoreña, diferenciándose de las demás regulaciones latinoamericanas, pues estas confunden a las anteriores figuras con el trabajo *Outsourcing*.

La masificación de la Tercerización Laboral ha sido provocada por la implementación del *Outsourcing* en el sistema empresarial en América Latina, por lo que ciertos países que la conforman, se han visto en la tarea de establecer cierto régimen regulatorio, a través de la creación de nuevas leyes de tercerización, mediante reformas a sus ordenamientos jurídicos constitucionales y laborales ya existentes y a través de la interpretación jurídica de estos ordenamientos a partir de sentencias en materia laboral;

logrando de esta manera, que la práctica tercerizadora de trabajo sea regulada y controlada en alguna medida, a beneficio de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*; a diferencia de El Salvador que no tiene ningún marco regulatorio de tal figura jurídica.

Se afirma que el tipo de trabajo *Outsourcing* desmejora los derechos laborales de este tipo de trabajadores, ya que en casi todos los casos, son utilizados como mercancías; dificultan la acción colectiva de los mismos y las constantes variaciones en sus condiciones de trabajo vuelven al trabajador totalmente inestable y como consecuencia de ello, su vida productiva será necesariamente precaria en relación con otros trabajadores que no estén en ese mismo supuesto.

Se concluye que el trabajo *Outsourcing*, de modalidad BPO, es comúnmente ejercido por estudiantes universitarios y profesionales, esto debido a la falta de un empleo a fin a su carrera, buscando una oportunidad laboral en este tipo de trabajo, siendo indispensable el manejo de idioma inglés por los Agentes teleoperadores. Los datos estadísticos reflejan una violación expresa al derecho de asociación y huelga de los Agentes Teleoperadores, trayendo como consecuencia, la precarización laboral para los trabajadores *Outsourcing*.

El fin inmediato del contrato *Outsourcing*, es la de colaboración empresarial; en dicha colaboración existe una descentralización de actividades en la empresa cliente. El tipo de *Outsourcing* investigado en este trabajo, es de índole Estratégico, que consiste en la externalización de actividades muy importantes para el desarrollo de la actividad principal de la empresa cliente, buscando el aumento en las ganancias de la empresa beneficiaria a cambio de la reducción de costos laborales, puesto que se enfoca plenamente al

rubro principal de la empresa y no invierte en capacitación de personal, no se pagan cotizaciones, ni se pagan salarios. Si el contrato de *Outsourcing* tiene como finalidad (causa), maximización de la productividad de la empresa cliente, a través de la exoneración de responsabilidades laborales, quiere decir que la causa de este contrato persigue el detrimento de derechos laborales, debido a que genera inestabilidad, remuneración menor a la de categorías similares, remuneración que no incluye los beneficios sociales habituales, duración de la jornada anormalmente pequeña o elevada.

El debilitamiento de la representación colectiva suele ser también el vehículo para la precarización de las relaciones laborales., etc. Lo anterior se traduce en que la causa del contrato *Outsourcing*, en este caso BPO (*Call Center*), está en contra de los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que atenta al orden público, este último, se refiere al consagrado en la Constitución de la Republica, refiriéndonos entonces a los derechos fundamentales, involucrando así a los derechos laborales contemplados en nuestra Constitución. En pocas palabras, el contrato *Outsourcing* adolece de causa ilícita.

El Salvador aún no ha ratificado el convenio 181 de la OIT “*Convenio sobre las agencias de empleo privadas*”, el cuál es el único que ha sido creado para poder regular un poco a las tercerizaciones laborales que se dan en los países miembros y pese a ello, en El Salvador, se ha estado promoviendo la figura de la tercerización, con el fin de promulgar y masificar un empleo precario. Por todo lo anterior, es evidente que El Salvador corre el riesgo de ser catalogado como un país permisivo a violaciones de derechos fundamentales de los trabajadores; por lo que para contrarrestar esta situación, se debe crear una normativa que proteja al trabajador “tercerizado” es decir, los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*.

7.2. Recomendaciones.

Una vez concluida la investigación sobre la eficacia de los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas que brindan servicios de *Outsourcing* tipo BPO (*Call Center*) y determinada, no solo la existencia de la problemática, sino el nivel de afectación a nuestro universo de estudio, es preciso con base a la información recolectada en las encuestas realizadas y al análisis comparativo de la legislación y jurisprudencia internacional, respecto del trabajo *Outsourcing*, exponer las siguientes recomendaciones:

Se debe aclarar que con este trabajo investigativo no se plantea que exista un límite a la libertad contractual, pero sí se determina que por no existir una regulación específica para las nuevas modalidades de contratación, como lo es el *Outsourcing*, se genera un alto grado de indefensión en un sector de la población, ya que es un contrato mercantil que lleva aparejada una relación laboral. Por lo cual, recomendamos que la figura del trabajo *Outsourcing*, sea incluida en el Código de Trabajo o posea una regulación laboral específica, como una nueva forma de contratación laboral y resguardar así los derechos de los trabajadores contratados por empresas *Outsourcer*.

Se recomienda retomar lo que las legislaciones (leyes federales de trabajo y leyes específicas) y jurisprudencias de México, Perú, Colombia y Ecuador, han establecido sobre el trabajo *Outsourcing*, ya que estos países latinoamericanos han regulado de manera general lo que es este trabajo y aunque no se regule exactamente con ese nombre, ya que se confunde con otros tipos de tercerización, se toma en consideración lo siguiente: De México, se puede retomar la doble subordinación existente entre la empresa *Outsourcer* y la Beneficiaria con los respectivos trabajadores, además el

cercioramiento de la empresa beneficiaria con respecto a la *Outsourcer*, de que ésta cuente con elementos propios para responder frente a obligaciones laborales existentes; también se retoma la improcedencia de la excepción alegada por un patrono al manifestar que no existe responsabilidad laboral con un trabajador que es suministrado por una tercera empresa, ya que contraviene un principio esencial en donde el trabajo no es artículo de comercio; y, por último, tomar como ejemplo la figura de la Participación de los trabajadores en las utilidades (PTU), que aunque no se haya establecido en la Ley Federal de México la regulación de esta figura en relación al *Outsourcing* ni en jurisprudencia, consideramos que es un avance en materia laboral el hecho de fijar un 10 % en las utilidades netas de la empresa, para ser repartida a los trabajadores.

De Perú se puede retomar la aplicación de una ley secundaria que hable en general de las tercerizaciones laborales y regular lo que es la figura del *Outsourcing in house*, que es un tipo de trabajo que es realizado en la propia empresa beneficiaria y del cual interactúan trabajadores propios de la empresa beneficiaria y trabajadores contratados por la *Outsourcer*; a diferencia de lo que es el trabajo *Outsourcing* de tipo BPO; además se puede retomar el hecho de considerar la desnaturalización de la tercerización, es decir, que cuando una empresa que es *Outsourcer* y por tanto patrono, no brinda servicios especializados, ni cuenta con recursos financieros, técnicos y materiales que le permita asumir riesgos laborales, en ese caso la relación de trabajo es inmediata con la empresa principal.

De Colombia se puede retomar lo que su legislación secundaria establece sobre la tercerización, el cual es la responsabilidad solidaria de la empresa beneficiaria que procede en el caso en que en un juicio ordinario de trabajo, se determine que la actividad realizada sea de tipo permanente.

De Ecuador se puede retomar la concepción de que debe suprimirse la posibilidad de que la tercerización se aplique a actividades permanentes y principales de la empresa usuaria. Ya que si es implementada de esta manera, el giro del negocio de una empresa beneficiaria será ejecutada por otra empresa y se desnaturalizaría la razón de existir de la misma.

En segundo lugar, pese a que se reconoce el trabajo de las redes de empleo en el País, estas dentro de su base de datos, poseen en su mayoría trabajos que se desarrollan en empresas *Outsourcer*, por lo que se vuelve difícil la obtención de un trabajo permanente y estable, es por ello que recomendamos a la Dirección de Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social que investigue la calidad y no la cantidad de trabajos propiciados por estas redes de empleo.

En tercer lugar, recomendamos a la población estudiantil, indagar más sobre la responsabilidad solidaria de la que pueden ser sujetas las empresas *Outsourcer* y las empresas clientes, ya que en un conflicto de trabajo, los agentes teleoperadores se encuentran desprotegidos, debido a que al no poder hacer responsable a la empresa *Outsourcer*, como patrono, ya sea solicitando un reinstalo o indemnización, se vuelve improcedente según nuestro desactualizado Código de Trabajo, demandar a la empresa cliente, quien también es considerado patrono, según la teoría de la relación laboral.

Y Por último, el trabajo *Outsourcing* desarrollado en este trabajo de investigación puede servir de base teórica para los otros tipos de *Outsourcing*, como el operativo y el *in house*, además de otros tipos de tercerización como la subcontratación, la intermediación y el suministro de personal y de esta manera ser un insumo para futuras investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Compendio de Derecho laboral.* Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1992.

Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral.* Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1968.

De Ferrari, Francisco. *Derecho del trabajo.* Buenos Aires: Depalma, 1969.

De la Cueva, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo.* Porrúa: 1966.

Donayre, José. *Outsourcing: empresas optan crecientemente por la tercerización de sus áreas de soporte.* Lima: Business, 1997.

Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial.* Buenos Aires: Astrea, 1999.

Fernández de Navarrete, Fernando Casani. *La descentralización productiva y la realidad económica.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Fernández Domínguez, Juan José, María de los Ángeles Reyes Martínez Barozo. *El Derecho del Trabajo tras las últimas Reformas Flexibilizadoras de la Relación Laboral.* Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 1998.

Ferrufino, Carlos. *Los sujetos del Derecho del trabajo, la sustitución patronal y la relación de trabajo,* S. Ed., S.E., S.F.

Fuentes de Armas, Raysa y Odalys Peñate López. *La globalización neoliberal y su impacto en la cultura y la sociedad.* Habana: Cuba Siglo XXI, 2008.

García Solano, Álvaro. *Derecho del trabajo.* Bogotá: Temis, 1981.

Gutiérrez, María. *Globalización y sistema capitalista.* Valencia: Universidad Alejandro De Humboldt, 2008.

Hierro, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas.* Madrid: Fontamara, 2010.

Martínez Garrido, Luis Ramón. *Descentralización productiva: Outsourcing.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Marx, Carlos y Federico Engels. *El Capital visto por su autor.* México D.F.: Grijalbo S.A., 1970.

Menjivar L., Rafael. *Acumulación originaria y desarrollo del capitalismo en El Salvador.* Costa Rica: EDUCA, 1980.

Mostacero Orozco, Marco Antonio. *Autonomía Administrativa y Financiera de las Administraciones Tributaria.* Perú: Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT. 2006.

Rosales, Hena y Ángela Aurora. *El conocimiento de los Derechos Laborales en El Salvador.* San Salvador: Organización de Mujeres Salvadoreñas por La Paz (ORMUSA), 2009.

Schneider, Ben, *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios.* Bogotá: Norma, 2004.

Sención Villalona, Cesar Augusto. *¿Qué es el capitalismo?* San Salvador: Equipo Maíz, 2005.

Silvestre Méndez, José. *Fundamentos de Economía.* México D.F.: Mc. Graw-Hill Editores, 1996.

Turcios, Jorge Ponce. *Flexibilidad de las relaciones laborales en el nuevo orden económico, desafío del sindicalismo en el siglo XXI.* VII San Salvador: Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1996.

TESIS:

Castro Cortéz, Astrid Vanessa y Carlos Hernán Gómez. “Compilación bibliográfica Business Process Outsourcing BPO” Tesis de Postgrado. Facultad de Ingeniería en Sistemas y Computación. Universidad de Caldas. Manizales. 2010.

Girón Torres, Walter y Deximo Maldonado Melara. “El Contrato Individual de Trabajo” tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 1993.

Henríquez Domínguez, Aníbal Ernesto. “Los sujetos del Derecho del Trabajo” tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador. 1970.

Iraheta Alma, Yanira y Gilda Xiomara Soriano. “El neoliberalismo económico y su aplicación al proceso de privatización de las telecomunicaciones” tesis de grado. Universidad de El Salvador. 1999.

Martínez Rafael, Álvaro Elías, y Roberto Torres. “Aplicación de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal en el área Metropolitana de San Salvador,” tesis de grado. Universidad de El Salvador. 2009.

Moncada Lezama, María Constanza y Yoleth Monsalvo Bolivar. “Implicaciones laborales del *Outsourcing*” tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. 2000.

LEGISLACION:

Código Civil. El Salvador. Órgano Ejecutivo. 1860.

Código de comercio. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1970.

Código de Trabajo. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1972.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Francia. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948.

Ley de zonas francas. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 2005.

Ley general de prevención de riesgos en los lugares de trabajo. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 2010.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948.

REVISTAS.

Cámara Izquierdo, Sergio. “Génesis, naturaleza y crisis del capitalismo neoliberal: una perspectiva estructural”. *ECA-Estudios Centroamericanos*, n. 729 (2012): 195-205.

Cardenal, Rodolfo. “Resumen de la Editorial el capitalismo actual está reñido con la competencia y el libre comercio”. *ECA-Estudios Centroamericanos*, n. 683 (2005): 704 – 759.

Mora Jiménez, Henry. “Una reflexión sobre la naturaleza de la actual crisis global y los límites del capitalismo”. *ECA-Estudios Centroamericanos*, n 729 (2012): 192-194.

Rojas, Armando. “La Intermediación Laboral”. *Revista de Derecho*, n. 22 (2004): 202-212.

Romero Pérez, Jorge Enrique. “El contrato de Outsourcing”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 102 (2003): 124-130.

Velásquez de Avilés, Victoria Marina. “Flexibilización laboral en El Salvador”. *Quehacer judicial*, n. 64, (2008): 12-20.

SITIOS WEB

Aguilar, Javier Vásquez. *¿Qué es un Call Center?* San Marcos: Gestiópolis, 2003. <http://www.gestiopolis.com/canales/demarketing/articuloscallcenter.htm>
<http://ajurisprudencia.com/noticias-const/blogspot/VerDetnotRot.php?idnot=160>

Añez Hernández, Carmen. “Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América Latina” *Revista Multiciencias*, n 2, (2009): 196 -200.[http:// www.redalyc.org/articulo.oa?id=90411687011](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90411687011).

Arena Gallegos, Eraclio. “Flexibilización y derecho del trabajo” *Revista Opinión Jurídica*, n 9 (2006): 165 166 <http://www.redalyc.org/pdf/945/909%flexibilización%Derecho%.pdf>.

Asiria Oliverio Calvok. “Causa y efecto de la reforma laboral en el Outsourcing”. *Boletín de Investigación de la comisión de desarrollo y seguridad social*, n. 2 (2013): 9 http://www.ccpm.org.mx/avisos/boletin_2-causa-efecto-reforma-laboral-pdf.

Barraza, John. *¿Qué es la globalización?* Washington, D.C.: Grupo de políticas económicas y Grupo de Economía para el Desarrollo. Acceso el día 14 de febrero de 2015. <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>.

Baños Pacheco, Orlando. *La Estabilidad Laboral del Servidor Público en El Salvador.* San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/5599739Of1dfd1c006256b3?OpenDocument>.

Benítez, Gladys, Gladys Blanco y Sandra Escalante. “Ejecución de las resoluciones que determinan la responsabilidad subsidiaria del Estado”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador. 2001 <http://www.csj.gob.sv/>.

Bermúdez, Katherine. “Outsourcing y Derecho Laboral”, *Discurso laboral*, n 2, (2005): 3. <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derecholaboral-discursoLab2.pdf>.

Calderón Sol, Armando. “Organización, Fiscalización y Financiamiento de los Entes Autónomos” tesis de postgrado. Universidad de El Salvador. 1977. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c1-Docu>

Camavilca Valladares, J. *Jurisprudencia al día: Tercerización de Servicios* (blog). <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juancamavilcavalladares/2011/02/16/juris>

Canales Bettaglio, Camila Renee y Arturo Efraín Castro Reyes. “Outsourcing como un modelo alternativo de gestión gerencial para restaurantes de la mediana empresa en la zona metropolitana de San Salvador” tesis de Grado. Universidad Doctor José Matías Delgado. 2009. <http://webquery.ujmd.edu.sv/siab/bvirtual/BIBLIOTECA-Uni%2035666VIRTU-20899%pdf>.

Carranza, Marlon. *Oferta, demanda e intermediación laboral.* San Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública Universidad Centroamericana, 2006. <http://www.uca.edu.sv/publica/iudop/libros/Ofertademanda.pdf>.

Cavazos Cacheaux & Newton CCN. “Beneficiarios de Trabajos o Servicios de Outsourcing”. CCN México Report, (2010). <http://mexicoreport.com/es/2010/09/Jurisprudencia-Reciente-Beneficiarios-de-Trabajos-de-Servicios-de-Outsourcing?aid=996>.

Chicas, Francisco, Carolina Molina, John Ramírez y Astrid Valencia. *Manual Auto formativo Justicia Laboral y Derechos Humanos en El Salvador,* San Salvador: USAID, 2010 <http://www.uca.edu.sv/publica/idhuca/docu.pdf>. .

Corporaciones y Estructuras Jurídicas Offshore. *Manual Offshore para principiantes.* Panamá: Incorporated Offshore, S.F. <http://www.Incorporatedoffshore.net/manualoffshoreprincipiantes.pdf>.

Corte Superior de Lima. *Diálogo con la Jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial y la inaplicabilidad de algunas disposiciones del Reglamento de la Ley de Tercerización, (2011)* (blog) <http://www.dialogo.pdf>.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico,* 11^a ed. Buenos aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1972. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/29.pdf>.

Díaz, Ernesto. *Diccionario de Economía Política.* Madrid: Roget, Ediciones Pueblos Unidos, 1975. <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/m/modo.htm>.

Echaniz Moreno, Daniel. “El contrato de Outsourcing” *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado Publicaciones de la Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal,* n 122 (2008): 764 765 <http://www.redalyc.org>.

Ermida, Oscar. *Outsourcing (tercerización): respuestas desde los trabajadores.* México: D.F Centro de Investigación laboral y asesoría sindical, [http://www.Libro20Outsourcing20\(2\).pdf](http://www.Libro20Outsourcing20(2).pdf)

Espino Rodríguez, Tomás Francisco. “El Outsourcing y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica”, *Revista Redalyc*, n. 1-2, (2003): 79-89 <http://www.redalyc.org/pdf/2743/274323095005.pdf>.

Funes Aguilar, Mario, *¿Por qué derogar la Ley de Tercerización?* Perú: 2010 <http://www.solidaritycenter.org.Federación-Nacional-de-Trabajadores-Mineros-Metalúrgicos-Y-Siderúrgicos-del-Perú-Afiliada-A-La-CGTP-UIS-y-FSM.pdf>.

Franklin, Daysi y Claudia López. “Obligaciones y prohibiciones de los trabajadores y patronos aplicada en el Derecho Individual de Trabajo” tesis de Grado. Universidad Francisco Gavidia. 2008, <http://www.wisis.ufg.edu.sv.pdf>.

George, Rosa y Franklin Avendaño. “Propuesta de un programa de entrenamiento continuo que permita mejorar el servicio de call center.” tesis de grado. Universidad Francisco Gavidia. 2008. <http://www.ufg.edu/sv/pdf>.

González, María Candelaria. “Flexibilización de las relaciones laborales, una perspectiva teórica postfordista”. *Revista La gaceta Laboral*, n. 1, (2006): 23-25 <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=s1315-859720063&script=sciart>.

Hernández Waisler, Roberto. “La huelga como alternativa de solución de los conflictos colectivos de carácter económico en El Salvador” tesis de grado. Universidad Francisco Gavidia. 2003. http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/322.2-H558h/322.2-H558h-la-huelga-como-alternativa-de-solucion-de-conflictos-colectiv%El_Salvador.pdf.

Ibarra, Raúl, *La Tercerización del empleo y propuestas para regularla*. Managua: Serie Estudios Socio laborales de América Central y el Caribe, 2011 http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32_ISACC%20%20Tercerizacion%F3n%20del%20empleo.pdf.

Interiano, Claudia y Edith Toche. *Aplicación de los principios del Derecho laboral en El Salvador*. San Salvador: Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz “ORMUSA”, 2013. <http://observatoriolaboral.ormusa.%aplicaci%del%Derecho.Laboral/org.pdf>.-

Jacqueline Mazza. *Servicios de Intermediación laboral: un análisis para los países de América Latina y el Caribe*. Nueva York: División de desarrollo social, Departamento de desarrollo sostenible, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010 <http://conjoven.oit.org.pe/wp-content/uploads/2010/08/servicios-de-intermediaci%C3%B3n-laboral-JMassa.pdf>.

Justicia México. *Jurisprudencia que avala demandar a una empresa Outsourcing y la destinaria de servicio*, (blog). <http://justiciamexico.mx/blog/foro-verconsulta.php?id=Jurisprudencia-que-avala-demandar-a=104452&forod=2288>.

Juzgado Segundo de distrito del centro auxiliar de la Primera Región. *Sentencia de amparo*. Maryland: de la Segunda Sala Suprema corte de justicia de la nación de México, 2013. http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=161159&sinBotonRegresar=1_0045%00.pdf.

Lex Web Chile. *Fuentes del Derecho Laboral*, (Santiago: Lex Web Chile 2014) http://www.lexweb.cl/media/users/10845637345/52399229/files/4900917723098%/0_Web_Chile_0001267%0000_Fuentes_del_Derecho_Laboral.pdf.

Mac Donald, Andrea Fabiana. “Evolución histórica de la flexibilización laboral en la argentina y el mundo” *Revista Economía, Sociedad y Cultura*. (2005): 11-12 <http://rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm>.

Mandato Constituyente No. 8. *Suplemento del Registro Oficial 330, 6-V-2008*. Ecuador: Ministerio de Trabajo y Empleo, 2008. <http://www.ilo.org>.

Martínez y González, Arturo. *La responsabilidad solidaria en el Derecho laboral Mexicano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3809/12.la%responsabilidad%solidaria%en%el%derecho/pdf>.

Méndez, Nelyz y Jessica López, “Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿QUÉ LA HACE EXIGIBLE?” *Revista Dejure*, n. 2, (2005): 46-57. <http://www.hostos.edu/rbp/eta2-vol3-num2dec2005/Validez,%20eficacia.pdf>. ment23.

Ministerio de Trabajo de la Republica de Colombia. Bogotá: 2016. <http://www.mintrabajo.gov.co/>.

Ministerio de Trabajo y Prevision Social. *Glosario de la institución*. San Salvador: Información Institucional, 2016. http://www.mtps.gob.sv/index.php?option=com_glossary&task=list&glossid=1&letter=L.

Molina Fonseca, Carlos Mauricio. *Externalización del trabajo y normativa laboral*. Buenos Aires: Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y Seguridad Social. 2013. <http://www.aidtss.info/xixcongreso/disertaciones.pdf>.

Organización Internacional de Trabajo. *Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas*. Ginebra: Convenios Técnicos de la OIT, 2000. <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1210>.

Organización Internacional del Trabajo. *Conferencia Internacional del Trabajo.* Ginebra: 2006. <http://www.ilo.org/public/spanish/standardsp-v-1.pdf>.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* Ginebra: Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual, 2010. http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/450/wipo_public_450.pdf.

Pablo Dávalos. *Neoliberalismo político y Estado social de Derecho.* Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. PUCE, 2013. <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf>.

Pasco Cosmópolis, Mario. "Outsourcing, Subcontratación e Intermediación Laboral". *Poder Judicial*, n 3, (2012): 120-125. <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-3?id=66>.

Pinto, Miguel Juape. *TC falla a favor de sindicatos en caso de tercerización.* Lima: Diario electrónico de Economía y Negocios de Perú, 2012. <http://gestion.pe/2012/05/03/economia/tc-falla-favor-sindicatoscasoTercerización200173>.

Poder Judicial de Perú. *Estructura Orgánica.* Lima: Corte Superior de Lima, 2013. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimaPJcs/s_csj_lima_nuevo/as_corte_superior_lima/.

Portal Nacional de Empleos. *Red Nacional de Empleo.* San Salvador: Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 2015 <http://www.renacemento.gob>.

Recursos Humanos. *Introducción al conocimiento del trabajo del telemarketer.* Buenos Aires: Boletín de noticias Los Recursos Humanos, 2009. <http://www.losrecursoshumanos.com/introduccion-alconocimiento-del-trabajo-del-telemarketer>.

Red Nacional de Oportunidades de Empleo. *Bolsa de Empleo.* San Salvador: Ministerio De Trabajo, 2015. <http://www.renacemento.gob.sv/>.

Rivas, Hugo Maul y Lisardo Bolaños Fletes. *El impacto del comercio de servicios en el empleo: el sector call centers y servicio al cliente en Guatemala.* Guatemala: Informe de consultoría realizada para la OIT y la Unión Europea, Organización Internacional del Trabajo, 2013 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_emp/documents/publication/wcms_218869.pdf.

Rivas, Hugo Maul, María Isabel Bonilla, Sigfrido Lee, Verónica Spross, Lisardo Bolaños. *Políticas laborales en América Latina: ¿oportunidades o barreras para el desarrollo.* Ciudad de Guatemala: Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN), 2004 <http://www.hacer.org/pdf/CAFTA.pdf>.

Rodríguez, M. *Leyes de Salario Mínimo en los Estados - Primero de enero de 2015.* (blog). http://www.dol.gov/blogspot/minwage/america_sp.htm.

Rodríguez, María. *¿Cuál es el salario mínimo en Estados Unidos?* Miami: About en Español, 2015. <http://inmigracion.about.com/od/recursosparainmigracion/fl/Cual-es-el-salario-minimo-en-Estados-Unidos.htm>.

Sala de lo Civil. *Sentencia definitiva, con referencia N° 133-CAL-2012,* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013) <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

Sala de lo Civil. *Sentencia definitiva, con referencia N° 329-2003* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003) <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia definitiva, con referencia N° 94-2011* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014). <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/documento/documento.aspx?data=EAw27wawGIQCVnosDxyxkehiw>.

Sala de lo Laboral de Ecuador. *Resolución Interlocutoria, REF. 04-2012* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2013) <http://www.cortenacional.gob.c/cnj>.

Salgado, Melissa. “La liberalización comercial en El Salvador: impactos en el nivel de empleo formal y salarios reales” *Realidad*, n. 120, (2009): 329-345. <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4c2realidad120laliberacion.pdf>.

Sánchez, Raúl Piriz. *¿Qué se entiende por deber inexcusable de carácter público y personal?* (blog). <https://raulpiriz.wordpress.blog.com/2010/07/12/%C2%BFque-se-entiende-por-deber-inexcusable-de-caracter-publico>.

Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia N°8-2003 (El Salvador: Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2004) <http://www.jurisprudencia.gob.sv>.

Silva Méndez, Jorge. “¿Cómo se regula el Outsourcing en México?” *Revista SCielo México*, n 22, (2010): <http://www.scielo.org.mx/scielo.ph>.

Telma Bermúdez Herrera, y Maricela García Arbaiza. “La globalización, su implementación, sus objetivos y estrategias en El Salvador 1989-2004” tesis de grado, Universidad de El Salvador. 2004. <http://ri.ues.edu.sv/5941/1/LA%-GLOBALIZACI%C3%93N%2C%20SU%20IMPLEMENTACI%C3%93N%2C%20SUS%OBJETIVOS%201989-2004.pdf>

Thirión, Jordy Micheli. “Los call centers y los nuevos trabajos del siglo XXI”. *Revista Confines*, n 3-5 (2007): 50 - 52. <http://confines.mty.itesm.mx/articulos/5/MicheliJ.pdf>.

Tribunal Constitucional de Perú. *Sentencia de amparo N° 02111-2010-PA/TC* (Lima: Tribunal Constitucional en Sesión en pleno jurisdiccional, 2012) <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02111-2010-AA.pdf>.

Vargas, Gustavo, A. *El neoliberalismo y la liberación económica* (blog) <http://archivo.elnuevodiario.blogspot.com./julio/21-julio-2000/opinion5.html>.

Vega y Godines, C. *Jurisprudencia de México* (blog) <http://www.vcg.com.mx/blogspot.php/jurisprudencia>.

Villagra, Priscilla Carballo. "Mercado de trabajo y flexibilidad laboral en las ciencias sociales" *Revista Reflexiones* n. 1, (2005): 34-40. <http://www.redalyc.org/pdf/729/72920801003.pdf>.

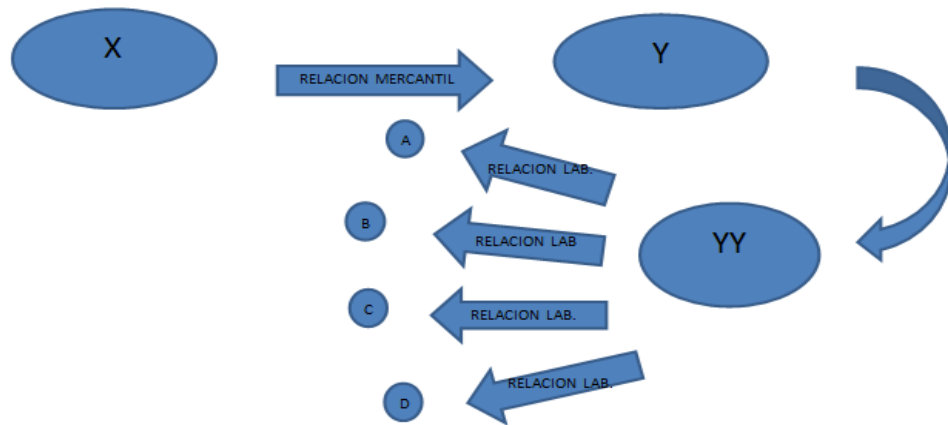
Vlex México. *Jurisprudencia*. México, D.F.: Investigación Jurídica Inteligente, 2011. <http://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/jurisprudencial-segunda-sala-jurisprudencia-300846602>.

ANEXOS

Esquemas:

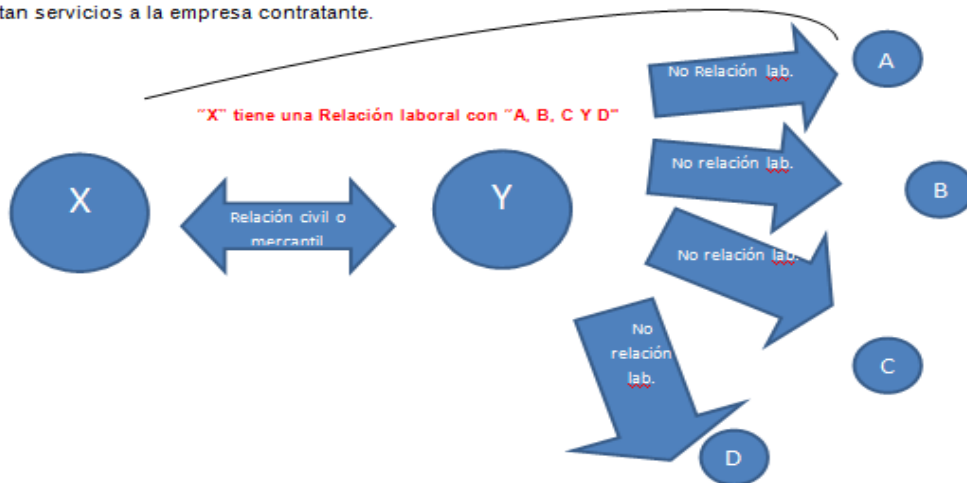
Esquema 1.

La estructura del *Business Process Outsourcing*, se puede representar mediante letras alfabéticas, donde X es una empresa cliente, Y es una empresa *Outsourcer*, YY es una sucursal de la empresa *Outsourcer* ubicada en otro país y A, B, C, D, E, son los Agentes teleoperadores contratados por la empresa *Outsourcer*.



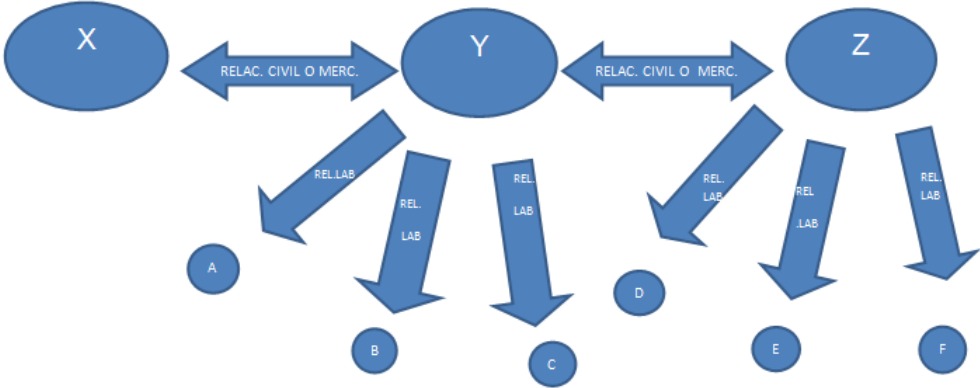
Esquema 2.

La estructura de la Intermediación se puede representar mediante letras alfabéticas, en donde X es la empresa demandante, Y es el intermediario que contrata o interviene en la contratación y a, b, c, d son trabajadores que prestan servicios a la empresa contratante.



Esquema 3.

La estructura de la subcontratación se puede representar mediante letras alfabéticas, en donde X es la empresa contratante; Y es el contratista; Z es el subcontratista; a, b, c son trabajadores contratados por el contratista; y por ultimo d, e, f que son trabajadores contratados por el subcontratista.



Encuestas

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
ENCUESTA A UN TRABAJADOR DE EMPRESA OUTSOURCER DE
SUBCONTRATACIÓN DE PROCESOS DE NEGOCIO.

Se realiza un estudio con fines académicos referente a “**La eficacia de los derechos laborales de los trabajadores contratados por empresas Outsourcer**”.

Usted ha sido seleccionado para brindar información por lo que le solicitamos nos conteste las siguientes preguntas Sus respuestas serán valiosas.

A. DATOS GENERALES

1. Sexo:

M F

1. Grado de estudio

Bachiller Universitario Profesional

2. Edad:

18-25 ños 26-30 años Más de 30 años

B. DATOS DE OPINIÓN.

3. ¿Posee usted un contrato laboral con la empresa en la que actualmente trabaja?

Sí 2. No 3. No opina .

4. ¿Posee un ingreso mayor al salario mínimo legal vigente?

Sí 2. No 3. Desconoce el monto del salario mínimo

5. ¿Está afiliado a alguna AFP?

Sí 2. No 3. Desconoce si existe afiliación

6. Si su respuesta fue si ¿a cuál AFP se encuentra afiliado?

CONFIA 2. CRECER 3. No opina

7. ¿Se encuentra cotizando actualmente para el Seguro Social?

Sí 2. No 3. No opina

8. ¿Existe un nivel alto de competitividad entre sus compañeros de trabajo, de la empresa donde labora?

Sí 2. No 3. No opina

9. ¿Considera que la causa principal de esta competitividad es para obtener un mejor nivel salarial?

Sí 2. No 3. No opina

10. ¿Posee usted todas las prestaciones de ley a las que tiene derecho todo trabajador?

Sí 2. No 3. No opina

11. Si su respuesta es no ¿cuál de esas prestaciones es la que no posee?

1. Derecho a asociación, sindicalización y huelga

2. Derecho a aguinaldo

3. Derecho a vacación remunerada

4. Derechos a días de asueto remunerado

5. Derecho a la jornada ordinaria diurna de 8 horas y semana laboral de 44 horas

6. Derecho a la jornada ordinaria nocturna de 7 horas y semana laboral de 39 horas

7. Derecho al pago de recargos por nocturnidad

* Si es mujer:

8. Licencia de maternidad y su respectiva remuneración

9. Derecho a lactancia en horas laborales

10. Derecho a salas cunas en instalaciones de la empresa

Análisis e interpretación de datos

Cuadro 1: Sexo.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
FEMENINO	141	44.33 %
MASCULINO	177	55.66 %
TOTAL	318	100 %



Cuadro 2: Grado de estudio.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Bachiller	61	19.18%
Universitario	186	58.49 %
Profesional	71	22.32 %
TOTAL	318	100 %



Cuadro 3: Edad

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
18-25	164	51.57%
25-30	127	39.93%
Más de 30	27	8.49%
TOTAL	318	100%



Cuadro 4: contrato laboral.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	219	68.86 %
No	68	21.38%
No opina	31	9.74%
TOTAL	318	100%



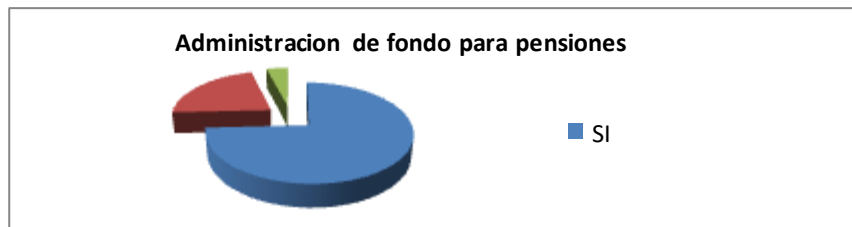
Cuadro 5: Ingreso mayor al salario mínimo.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	208	65.40%
No	73	22.95%
Desconoce el monto del salario mínimo	37	11.63%
TOTAL	318	100%



Cuadro 6: Administración de fondo para pensiones.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	236	74.21%
No	69	21.69 %
Desconoce si existe afiliación	13	4.08 %
TOTAL	318	100%



Cuadro 7: Administradora de fondo para pensiones.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
CONFIA	113	35.53%
CRECER	185	58.17%
No opina	20	6.28%
TOTAL	318	100%



Cuadro 8: Cotización de seguro social.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	232	72.95%
No	69	21.69%
No opina	17	5.34%
TOTAL	318	100%

Cotizacion de seguro social



Cuadro 9: Nivel de competitividad.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	274	86.16%
No	16	5.03%
No opina	28	8.80%
TOTAL	318	100%

Nivel de competitividad



Cuadro 10: nivel salarial.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	227	71.38%
No	51	16.03%
No opina	40	12.57%
TOTAL	318	100%

Mejor nivel salarial



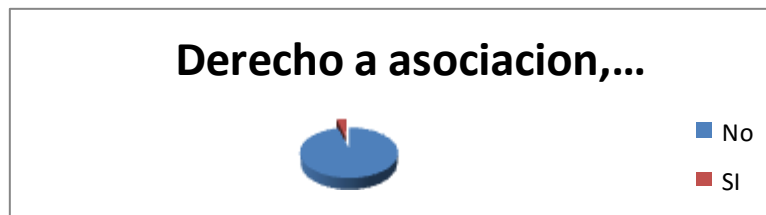
Cuadro 11: Prestaciones de ley.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	155	48.74%
No	118	37.10%
No opina	45	14.15%
TOTAL	318	100%



Cuadro 12: derecho de asociación, sindicalización y huelga.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a asociación, sindicalización y huelga	No	305
	Si	13
TOTAL	318	100%



Cuadro 13: Derecho a aguinaldo.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a aguinaldo	No	212
	Si	106
TOTAL	318	100%

Derecho a aguinaldo



■ No
■ SI

Cuadro 14: Derecho a vacación remunerada.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a vacación remunerada	No	X	X
	Si	318	100%
TOTAL		318	100%

Derecho a vacación...



■ No

Cuadro 15: Derecho a días de asueto remunerado.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a días de asueto remunerado	No	170	53.45
	Si	148	46.54%
TOTAL		318	100%

Derecho a días de asueto...



■ No
■ SI

Cuadro 16: Derecho a jornada ordinaria diurna.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a la jornada ordinaria	No	85	26.72
	Si	233	73.27%
TOTAL		318	100%

Derecho a jornada...



■ No
■ SI

Cuadro 17: Derecho a jornada ordinaria nocturna.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a la jornada ordinaria nocturna de 7 horas y semana laboral de 39 horas	No	21	6.60%
	Si	297	93.39%
TOTAL		318	100%

Derecho a jornada ordinaria...



■ No
■ Si

Cuadro 18: Recargos por nocturnidad.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho al pago de recargos por nocturnidad	No	21	6.60%
	Si	297	93.39%
TOTAL		318	100%

Recargos por nocturnidad



■ No
■ SI

Cuadro 19: Licencia de maternidad y respectiva remuneración.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Licencia de maternidad y su respectiva	No	254	79.87%
	Si	64	20.12%
TOTAL		318	100%



Cuadro 20: Derecho de lactancia.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a lactancia en horas laborales	No	255	80.19%
	Si	63	19.81%
TOTAL		318	100%



Cuadro 21: Salas cunas.

RESPUESTA		FRECUENCIA	PORCENTAJE
Derecho a Salas cuna	No	255	80.19%
	Si	63	19.81%
TOTAL		318	100%

Salas cuna



■ SI

■ NO