

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

El Trabajo Doméstico en el Código de Trabajo

7-075
344.01
R 696t

TESIS PRESENTADA POR

Jorge Alberto Rodríguez Auerbach

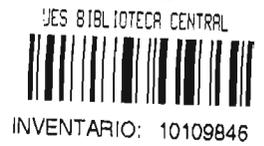
PARA OPTAR EL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

1980.



T
344.01
R696t



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Ing. Félix Antonio Uiloa.

SECRETARIO GENERAL:

Lic. Ricardo Ernesto Calderón.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Mauricio Roberto Calderón.

SECRETARIO:

Dr. Manuel Adán Mejía Rodríguez.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES:

PRESIDENTE: Dr. Luis Domínguez Parada.
1er. Vocal: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva.
2do. Vocal: Dr. Roberto Romero Carrillo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. Mauricio Alfredo Clará.
1er. Vocal: Dr. Juan Portillo Hidalgo.
2do. Vocal: Dr. Ernesto Arbizú Mata.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. Mario Samayoa.
1er. Vocal: Dr. Enrique Argumedo.
2do. Vocal: Dr. José Eduardo Tomasino.

ASESOR DE TESIS:

Lic. Juan Carlos Castellón.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. Ismael Castillo Panameño.
1er. Vocal: Dr. Héctor Antonio Hernández Turcios.
2do. Vocal: Dr. Román Gilberto Zúniga Velis.

DEDICO ESTA TESIS:

A la memoria de mi padre:
ALBERTO JOSE RODRIGUEZ.

A mi madre:
CLORINDA MERCEDES AUERBACH v. DE RODRIGUEZ.

A mi esposa:
ANA RUBIDIA DE RODRIGUEZ.

A mis hijos:
JORGE ALBERTO,
ALBERTO JOSE y
PATRICIA DEL CARMEN.

A mis hermanos:
JORGE ANTONIO RODRIGUEZ AUERBACH, (Q.D.E.P.).
ALBERTO JOSE,
HECTOR ALBERTO,
MERCEDES ISABEL,
SALVADOR, y
CARMEN.

A mis cuñados:
AMILCAR BLANCO PEÑA.
BLANCA CEA DE RODRIGUEZ.

A mis sobrinos:
NATALI,
HECTOR ALBERTO,
ERIKA UNDINA,
RUDY STANLEY,
PERICLES,
CARMEN MARIA y
CARLITA.

Finalmente:

A mis amigos, compañeros, profesores y a todas
aquellas personas que hicieron posible de una
u otra forma la culminación de este logro aca-
démico.

I N D I C E

Páginas

PROLOGO

CAPITULO I.-	INTRODUCCION,.....	1 a
CAPITULO II.-	ANTECEDENTES DEL SERVICIO DOMESTICO,.....	3 a
CAPITULO III.-	EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS,.....	6 a 17
	a).-Aspecto doctrinario.	
	b).-Forma en que nuestro Código Civil regulaba el arrendamiento de criados domésticos.	
CAPITULO IV.-	TRABAJADORES FAMILIARES Y DOMESTICOS,.....	18 a 21
CAPITULO V.-	EL SERVICIO DOMESTICO EN AMERICA,.....	22 a 14
CAPITULO VI.-	APRECIACION SOCIAL Y LABORAL DEL SERVICIO DOMESTICO,.....	25 a 27
CAPITULO VII.-	CONCEPTO Y DEFINICIONES DEL CONTRATO DE - SERVICIO DOMESTICO,.....	28 a 56
CAPITULO VIII.-	EXTENSION DEL CONCEPTO.CASO ESPECIAL DEL JARDINERO,.....	37 a 49
CAPITULO IX.-	CONTRATO DE TRABAJO Y SERVICIO DOMESTICO,.....	50 a 52
CAPITULO X.-	EL CONTRATO DE TRABAJO DOMESTICO Y CONTRATO DE SERVICIO DOMESTICO,.....	53 a 59
CAPITULO XI.-	EL SERVICIO DOMESTICO ES UN CONTRATO DE - TRABAJO,.....	60 a 73
CAPITULO XII.-	ELEMENTOS Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SERVICIO DOMESTICO,.....	74 a 85
CAPITULO XIII.-	NATURALEZA DEL VINCULO DEL SERVICIO DOMESTICO,.....	86 a 99
CAPITULO XIV.-	CONCEPTO DEL TRABAJADOR DOMESTICO,.....	91 a 102
CAPITULO XV.-	ANTECEDENTES DE DIFERENTES CODIGOS DE TRABAJO DE EUROPA, AMERICA DEL NORTE Y AMERICA LATINA QUE HAN REGULADO LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS EN CADA UNO DE DICHS PAISES,.....	103 a 108
CAPITULO XVI.-	CONDICIONES DE TRABAJO A QUE SE ENCUENTRAN SUJETOS LOS DEMAS TRABAJADORES,.....	161 a 250
	a.-1). <u>Formas</u> en que se puede celebrar el contrato de trabajo.	
	2).Estabilidad en el trabajo de los trabajadores en general y de los domésticos en particular.	
	b.- <u>LA JORNADA Y HORARIO DE TRABAJO:</u>	
	1.-Antecedentes históricos sobre la jornada laboral.	
	2.-Definición.	

- 3.-La adopción de la jornada de ocho horas.
- 4.-Forma en que nuestro Código regula la jornada de los trabajadores en general y de los trabajadores domésticos.

c.- EL SALARIO

- 1.-Antecedentes.
- 2.-Concepto.
- 3.-Características.
- 4.-Forma en que nuestro Código regula el salario de los trabajadores del servicio doméstico.
- 5.-Breve reseña sobre el salario mínimo; conveniencia e inconveniencia - de aplicarlo a los trabajadores domésticos.

d.- LAS VACACIONES ANUALES

- 1.-Concepto.
- 2.-Antecedentes y finalidades.
- 3.-Necesidades reales a que responde - el instituto.
- 4.-Principios fundamentales que gobiernan al instituto.
- 5.-Condiciones para la adquisición del derecho.
- 6.-Naturaleza jurídica del jornal de - vacaciones.
- 7.-Efectos jurídicos de la vacación.
- 8.-Forma en que nuestro Código regula la vacación anual de los trabajadores en general y de los domésticos:
 - a).-Requisitos que deben llenar - los trabajadores para tener de - recho a las vacaciones.
 - b).-Duración del período de vacaciones.
 - c).-Remuneración de las vacaciones.
 - d).-Protección a este derecho del - trabajador.

e.- EL AGUINALDO

- 1.-Quiénes tienen derecho al aguinaldo.
- 2.-Cuantía en que debe ser pagado.
- 3.-Forma en que debe calcularse la remuneración.
- 4.-Período en que debe pagarse.
- 5.-Caso en que se pierde tal derecho.

f.- DIAS DE DESCANSO SEMANAL

- 1.-Nociones y Etimología.
- 2.-Antecedentes.
- 3.-Fundamentos del descanso semanal.
- 4.-Convenciones internacionales y normas legales.
- 5.-Forma en que nuestro Código regula el día de descanso semanal para los trabajadores en general y para los domésticos en particular.

CAPITULO XVII.-	DE LAS OBLIGACIONES Y DE LAS PROHIBICIONES DE LOS TRABAJADORES,.....	257 a 270
a.-	DE LAS OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE LOS DOMESTICOS EN ESPECIAL.	
1.-	Consideraciones Generales.	
2.-	Obligaciones de dar.	
3.-	Obligaciones de hacer.	
4.-	Obligaciones de no hacer.	
5.-	Obligaciones complejas.	
6.-	Deber de fidelidad.	
7.-	La obligación de prestar el trabajo.	
8.-	Las obligaciones inherentes o derivadas de la prestación del trabajo.	
a.-	La concurrencia concomitante a la prestación de trabajo a una empresa.	
b.-	La concurrencia posterior a la disolución de la relación de trabajo, y	
c.-	Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones del trabajo.	
9.-	Obligaciones especiales de los trabajadores domésticos.	
b.-	DE LAS PROHIBICIONES DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE LOS DOMESTICOS EN ESPECIAL.	
CAPITULO XVIII.-	DE LAS PROHIBICIONES DE LOS PATRONOS Y DE LOS TRABAJADORES,.....	271 a 274
CAPITULO XIX.-	TERMINACION DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO,.....	275 a 303
1.-	El problema terminológico.	
2.-	Clasificación doctrinal de las causas de terminación.	
3.-	Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial.	
4.-	Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes - que requieren intervención judicial.	
5.-	Causales de terminación sin responsabilidad para el patrono.	
6.-	Causales de terminación con responsabilidad para el patrono.	
7.-	Causales de terminación por mutuo consentimiento y por renuncia.	
8.-	Causales especiales de terminación para los trabajadores domésticos.	
9.-	Del despido.	
10.-	Acción que debe invocar todo trabajador despedido.	

CAPITULO XX.-	COMENTARIOS AL LIBRO TERCERO DEL CODIGO DE TRABAJO,.....	304 a 371
	1.-Aspectos generales.	
	2.-Antecedentes históricos.	
	3.-Diferencia entre seguridad social y seguro social.	
	4.-El Seguro Social en El Salvador.	
	5.-Campo de aplicación.	
	6.-Prestaciones inmediatas a cargo del patrono.	
	a.-Prestaciones por enfermedad.	
	b.-Prestaciones por maternidad y	
	c.-Ayuda en caso de muerte del trabajador.	
	7.-Riesgos profesionales.	
	a.-El accidente de trabajo y	
	b.-La enfermedad profesional.	
	8.-Las incapacidades por riesgos profesionales.	
CAPITULO XXI.-	EXCLUSION LEGAL ACTUAL DEL REGIMEN DEL SEGURO SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS.REGLAMENTO ESPECIAL PARA LA APLICACION DEL REGIMEN DEL SEGURO SOCIAL A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS,.....	371 a 424
CAPITULO XXII.-	LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO EN RELACION CON LOS TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO,.....	425 a 444
	1.-Concepto.	
	2.-Origen de la política laboral.	
	3.-Naturaleza.	
	4.-Sujetos de la política laboral.	
	5.-Contenido u objeto.	
	6.-Fines políticos laborales.	
	7.-Análisis de la política laboral del nuevo Código de Trabajo en relación con los trabajadores en general y específicamente en el caso de los domésticos.	
CAPITULO XXIII.-	FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSION DE LOS BENEFICIOS DE LA LEGISLACION LABORAL A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS,.....	445 a 449
CAPITULO XXIV.-	CAUSAS QUE HAN INFLUIDO EN LA DECLINACION NUMERICA DE LOS SERVIDORES DOMESTICOS,.....	447 a 449
CAPITULO XXV.-	LA OBRA DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO,.....	450 a 452
CAPITULO XXVI.-	CONCLUSIONES.	453 a

PROLOGO

Al escoger el presente punto de tesis denominado "EL TRABAJO DOMESTICO EN EL CODIGO DE TRABAJO", no fue con el fin de pretender describir algo nuevo, es decir, algo que nunca se había dicho, sino conjuntar en un solo trabajo, los diversos criterios de algunos ilustres y connotados tratadistas, sobre los antecedentes, conceptos, elementos, caracteres, naturaleza jurídica, efectos del contrato del servicio doméstico, los antecedentes de diferentes Códigos de Trabajo de Europa, América del Norte y América Latina que han regulado las condiciones de trabajo a que se han encontrado sujetos los trabajadores domésticos en cada uno de dichos países tales como: España, Estados Unidos de Norte América, Gran Bretaña, Chile, Finlandia, República Dominicana, Ecuador, Nicaragua, México, Costa Rica, Bolivia, Puerto Rico, Colombia, Guatemala, Panamá, Venezuela y otros; algunos comentarios doctrinarios y legales sobre las condiciones de trabajo a que se encuentran los trabajadores domésticos sujetos en relación con los demás trabajadores, en cuanto a la forma en que puede celebrarse el contrato de trabajo, la estabilidad en que se encuentre en el empleo, la jornada y horario de trabajo, el salario, las vacaciones anuales, el aguinaldo y los días de descanso semanal al final de la cual podremos darnos cuenta de la precaria situación en la que se encuentran los trabajadores domésticos en cuanto a protección legal; las prohibiciones y obligaciones de los patronos y trabajadores y las distintas causas de terminación de contrato individual de trabajo y las especiales aplicables a los domésticos, únicamente enunciados a raíz de que no es objeto de este trabajo y para facilitar su lectura; un estudio elaborado por el doctor Mario Antonio Solano, sobre los comentarios al libro tercero del Código de Trabajo; la exclusión legal actual del Régimen del Seguro Social de los

trabajadores domésticos, estudio realizado por los señores Taufik Esmahan, Julio B. Montoya y Rogelio Miranda Sasso, el cual se transcribe en su totalidad por lo difícil que es para el estudiante poderlo adquirir y dada la importancia que posee, pues se trata de algo nuevo para nosotros y tan así es que se trata como dije únicamente de un estudio y no de un instituto con carácter de ley.

Después de mencionar los temas que posee el presente trabajo y la forma en que los trataré, no pretendo con esto, decir algo nuevo como lo dije al principio, sino recopilar las distintas opiniones y criterios de los entendidos en la materia e incorporarlos en el presente trabajo, con el objeto de facilitar el estudio de la materia, ya que no existe un libro o tratado que contenga todos los criterios y teorías aquí recopiladas.

CAPITULO I

INTRODUCCION

El servicio doméstico siempre ha sido una forma singular de trabajo subordinado. Puede decirse que, hasta hace muy poco, nada tenía que ver con el Contrato de Trabajo, siendo entonces, por el contrario, una de las pocas manifestaciones del contrato del arrendamiento de servicio conocido en el mundo contemporáneo. Los quehaceres del hogar y del campo confiados a personas extrañas al grupo familiar, fue una de las más viejas formas del trabajo humano. Durante la antigüedad esas tareas, que comprenden inclusive la asistencia y cuidado de las personas, estuvo invariablemente a cargo de los esclavos, correspondiendo agregar que casi hasta la época actual, esa actividad conservó parte de su origen y sentido esclavista.

Entre nosotros, tales tareas fueron reguladas en una forma infrahumana como aparece en el Capítulo VII del Título XXVI referente al arrendamiento de criados domésticos que comprendía del Artículo 1,775 al 1,783, del Código Civil, derogado por el Código de Trabajo publicado en el Diario Oficial del 10. de febrero de 1963, por lo cual se considera que esta forma de actividad humana es la última que se independizó de la esclavitud y que hasta hace poco vimos subsistir en nuestra sociedad; tal actividad como una forma de trabajo casi servil, a raíz del marcado sometimiento y la obligación de cumplir con deberes inconciliables con la dignidad humana.

Capítulos como el ya mencionado existieron también en otras legislaciones de América, pues por tratarse de un continente nuevo, sin tradiciones industriales y sin fuentes de trabajo habitado por hombres carentes de formación profesional y de cultura, -

que vivieron durante mucho tiempo como esclavos, fue la razón predominante para que las familias pertenecientes a las clases dominantes dispusieran de grandes cantidades de personas para obtener los servicios de las mismas y disponer hasta de sus vidas amparadas en casi inexistente protección legal. Las familias de altos ingresos económicos como se recordará utilizaron gran número de criados, debido precisamente como ya se dijo, a la enorme oferta de mano de obra en esta clase de tareas, correspondientes al hogar, agregando que aún después de las declaraciones continuaron prestando sus servicios en las mismas condiciones.

Desde luego que aunque las condiciones de trabajo a que se encuentran sujetos esta clase de servidores, son inferiores a la de los trabajadores en general, es alentador que el Código de Trabajo, contenga un capítulo en que regule tales condiciones de trabajo, como quedará plasmado en el presente trabajo de tesis.

Lo anterior no ha sido fácil de obtener, sino que es el resultado de luchas verificadas por los trabajadores y más que todo a la industrialización que ha experimentado en los últimos años el país. Esta mecanización ha encontrado grandes cantidades de mano de obra, desertando por lo consiguiente del servicio doméstico, lo que ha traído como consecuencia directa la escasez de la oferta de trabajadores y una abundancia de demanda de los mismos, también considero que es causa de tal éxodo, la alfabetización, que en nuestro medio aunque alcanza un porcentaje bastante reducido, es desde luego, superior al de hace algunos años, época en la cual estudiar constituía un privilegio para un reducido grupo.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DEL SERVICIO DOMESTICO

Como dijimos en el capítulo anterior, esta clase de actividad casi no tenía ninguna clase de protección del derecho, ya que el patrono es casi propietario del servidor, convirtiéndose por lo tanto tal actividad en una de las más sacrificadas, menos protegidas y peor pagadas. En su totalidad las legislaciones de Latinoamérica, han regulado esta actividad ya que hasta hace muy poco nada tenía que ver con el Contrato de Trabajo, pues no se consideraba tal cosa, habiendo imperado tal criterio también en nuestro país, ya que quedó apuntado anteriormente, el arrendamiento de servicios se encontraba regulado en el capítulo ya referido de nuestro Código Civil.

Con el objeto de conocer algunos antecedentes de esta actividad transcribí lo que al respecto nos dice el tratadista Nestor De Buen. "La reglamentación del servicio doméstico, obviamente fuera de su concepción laboral, ha sido motivo de constante inquietud, - vinculado estrechamente en la esclavitud en el derecho romano, adquiere perfiles particulares en el derecho español".(1)

Con respecto a quiénes deben considerarse servidores domésticos, el tratadista anteriormente mencionado nos dice: "Una orden - de Cortez de 24 de junio de 1821 declaró que por sirviente doméstico sólo debe comprenderse los criados que estipulen o contraten - prestar a las personas de sus amos con objeto principal algún servicio casero y puramente mecánico, con exclusión de otro cualquiera que pertenezca a las labores o ejercicios del campo y de los relativos a las ciencias, artes, comercio, industria, educación de niños o jóvenes, desempeño de oficinas de cuenta y razón y demás de iguales y semejantes clases".(2)

En nuestro medio el servicio doméstico encuentra su origen - en el Art.817 del Código Civil que a la letra dice: "El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende, la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobreviven después, y esto aún cuando el usuario o habitador no está casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende además las personas que a la misma fecha vivían - con el habitador, o usuario y a costa de éstos; las personas a quienes éstos deben alimentos".(3)

El artículo anteriormente transcrito delimita la extensión de los derechos personales de uso y habitación y se dice que en dicha disposición legal se encuentra el origen de la regulación de la actividad del servicio doméstico, a raíz de que el derecho de uso y habitación a que tiene derecho el usuario y habitador, se extiende al número necesario de servidores domésticos, debido a que éstos anteriormente, como ya lo dijimos, no eran trabajadores, sino esclavos, es decir, algo propiedad de dueño; con posterioridad a este tipo de relación entre el amo y el esclavo apareció ya el arrendamiento de criados domésticos, regulado en el Capítulo 7o. del Código Civil de la edición de 1947, comprendido - del Art.1775 al 1783, derogado por el C.T. de 1963. La disposición del Código Civil anteriormente transcribo le sirvió de base al le

gislador para regular la relación entre el patrono y el criado como aparece en el capítulo ya mencionado, lo único que en este capítulo se encuentra un tanto más humanizada dicha relación, pero sin que ésta llegue a constituir una relación de tipo laboral.

No fue sino hasta con el Código de Trabajo aprobado mediante D. # 241 de 22 de enero de 1963 publicado en el D.O. del 10. de febrero del mismo año, que se le dió a dicha actividad la calidad de laboral y por ende la protección por las disposiciones contenidas en dicho instituto.

Es decir se estipularon los derechos de los servidores domésticos de los cuales carecían anteriormente, tales como: el derecho de vacaciones, aguinaldos, días de asueto, a jornada ordinaria de trabajo, aunque un tanto elevada en relación con los demás trabajadores, a la indemnización por despido injusto, etc. pero el más valioso como lo dije anteriormente, es el hecho de que la relación que lo unía al patrono dejó de ser civil, para convertirse en laboral, pues como consecuencia de este tipo de relación, - fue que adquirió los derechos primeramente citados.

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|---------------------|---|
| (1) NESTOR DE BUEN, | Derecho del Trabajo, T.II, Pág. 419, Editorial Porrúa, S.A. |
| (2) NESTOR DE BUEN, | Obra citada. Pág. 419. |
| (3) CODIGO CIVIL, | Edición de 1967. |

CAPITULO III

DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

A) ASPECTO DOCTRINARIO Y B) FORMA EN QUE NUESTRO
CODIGO CIVIL REGULA EL ARRENDAMIENTO DE CRIADOS
DOMESTICOS

A) ASPECTO DOCTRINARIO:

Dábase en la antigüedad el nombre de arrendamiento de servicios, al contrato que tenía por objeto el trabajo del hombre libre. Fue el contrato que originalmente celebraba la plebe y los esclavos manumitidos cuando necesitaban, mediante el trabajo comprometido como tal, obtener una suma de dinero. Es muy probable que existiendo en el primer momento el trabajo servil no existiera entonces mayor diferencia entre este trabajo y el que se cumplía en virtud del contrato de arrendamiento de servicios. Seguramente una de las pocas diferencias entre una y otra forma de prestar el servicio, era el plazo, ya que la esclavitud descansaba sobre la idea del dominio, es decir, del goce definitivo, mientras el arrendamiento es simplemente el goce temporario pero sin condiciones de una cosa, otra diferencia se encuentra en el salario, ya que mientras el esclavo no tenía derecho a él, el criado sí lo tenía aunque fuese en mínima cuantía.

Por lo anterior el arrendamiento de servicios prácticamente dejó de existir, porque haciendo descansar la relación de trabajo en la idea de la locatio, no pudo subsistir, particularmente a raíz del auge del individualismo político de la Revolución Francesa, la nueva filosofía política, glorificadora del hombre, descartó la idea de que el hombre, como un esclavo pudiera aunque por tiempo determinado, ser objeto de arrendamiento o trabajar conforme al régimen de la locatio.

De esta manera puede decirse que la locatio operatum había entrado en crisis o desaparecido como categoría o concepto jurídico, en razón de la insuficiencia de las ideas económicas y sociales de la antigüedad para explicar los hechos de la vida económica y política contemporánea.

Con el fin de ampliar y aclarar lo anterior, recomendamos que antiguamente en las relaciones entre amo y criados había - locación y no un contrato de trabajo, como se sabe en los contratos hay actividad subordinada, pero mientras en el arrendamiento de servicios existe una locatio honoris, es decir, hay goce temporáneo de la actividad ajena y está dirigida sin limitaciones por una de las partes, el contrato de trabajo, cumplido en la fábrica es una variedad de los contratos de actividad caracterizada por limitaciones impuestas por la ley a la facultad de dirigir la actividad ajena, como habría ocurrido hasta entonces conforme al régimen de la locación, es decir, del goce temporario de una cosa.

Como es sabido el régimen de la locatio operarum, significaba comprometer la actividad como tal y no el resultado de la misma.

Ese goce limitado de la actividad laboral sucumbió, para darle paso a la teoría de la relación laboral en donde se determinan los derechos y obligaciones de las partes.

Es por lo anterior que Carnelutti decía que el contrato de trabajo ocupa en nuestros días el mismo lugar que la venta en la antigüedad. El gran maestro recuerda que en Roma la venta había absorbido incluso al contrato de trabajo, porque durante mucho tiempo en vez de contratar el servicio se compraba la persona del trabajador, ya que no existía en esa época, denominada -

por la idea de la compraventa, una diferencia fundamental entre la *emptio servi* y la *emptio bovis*, es decir entre la venta de siervo y la venta de buey.

Pero la antigüedad conoció, como acabamos de ver, otra forma de utilizar el trabajo de los hombres libres y de los esclavos manumitidos. Los juristas de esa época creyeron que en estos casos se ajustaba un contrato distinto. Según Carnelutti, los romanos vacilaron en este momento entre la venta del siervo y la venta del buey.

Pero la antigüedad conoció, como acabamos de ver, otra forma de utilizar el trabajo del hombre. Esto ocurrió cuando la ciudad necesitó utilizar el trabajo de los hombres y de los esclavos manumitidos. Los juristas de esa época creyeron que en estos casos se ajustaba un contrato distinto. Según Carnelutti, los romanos se pusieron a vacilar en ese momento entre la venta y el arrendamiento.

Como ya vimos, la diferencia que existe entre un contrato y otro, radica en realidad en el goce temporario o definitivo de la cosa y se comprenderá que, tratándose de trabajadores libres, el pensamiento jurídico se orientó hacia la idea del arrendamiento, es decir del goce temporario.

A este respecto el tratadista Francisco de Ferrari nos dice: "El análisis de los hechos que acaban de ser referidos llevan a la conclusión de que el arrendamiento de servicio es una figura jurídica que ha muerto o está desapareciendo y que en los últimos siglos solamente por un artificio del lenguaje como dice Renouard, pudo conservarse en los sistemas normativos que se encuentran todavía en actividad.

Decimos esto porque los conceptos en nuestra ciencia deben corresponder siempre a fenómenos de la vida real, ya que las figuras jurídicas son el espectro de esos fenómenos proyectados sobre el plano del derecho.

Ahora bien, si el hecho ha desaparecido, si esa forma atenuada de la esclavitud no se practica en nuestros días, debe concluirse que ha ocurrido lo mismo con su imagen jurídica. Sin embargo, la mayoría de los autores sostienen que dicho contrato subsiste, que constituye el género al que pertenece un grupo de contratos de actividad y que en él se encuentra cierta forma de prestación libre del servicio.

Por ejemplo, según el eminente maestro Krotoschin, para referirnos a uno de gran admiración, este contrato sigue todavía subsistiendo y además el contrato de trabajo sería para él una variedad de la locación de servicios, lo que significa que no solamente subsistía el arrendamiento de servicio sino que una de sus formas se habría convertido en el contrato más importante de nuestra época.

Pero adviértase además de esta inesperada importancia e inexplicable supervivencia, el arrendamiento de servicios distinguiría para estos autores, cierta forma libre y autónoma del trabajo humano, mientras el contrato de trabajo sería una nueva manifestación o aspecto del sometimiento del hombre a la voluntad de otro hombre.

Esto que acabamos de decir parece singularmente paradójico porque, según quienes razonan de esta manera, el mundo moderno, el de la libertad, habría concebido un contrato para siervos.

En realidad el arrendamiento de servicios según Carnelutti, fue una de las concepciones menos felices del viejo pensamiento

jurídico, llamada, sin embargo a tener una vida milenaria, a pesar de que el contrato que estamos examinando es el arrendamiento del hombre, o no es arrendamiento, porque la locatio concede el goce temporario de una cosa y supone por eso mismo la devolución de aquélla, la que no podría cumplirse si se arrendara, no el hombre, sino su fuerza de trabajo.

Cabe agregar que si este contrato fue inicialmente más mal concebido, posteriormente fue mal estudiado y aplicado, ya que si el régimen jurídico de este contrato es el de la locatio, no podría decirse que estamos frente a una forma de libre actividad humana".(1)

Desde luego no sería posible negar que el contrato de trabajo se parece a la locatio operarum porque aquel contrato hoy, como el arrendamiento de servicios ayer, son semejantes en cuanto a que las partes, en los dos casos, comprenden compromiso de la actividad profesional, solamente mientras en el arrendamiento de servicios se compromete la actividad para utilizarla con arreglo al régimen de la locatio, es decir, del goce discrecional y sin condiciones, en el contrato de trabajo, en cambio la negociación tiene por objeto utilizar y coordinar la actividad de dos personas de acuerdo con las condiciones en que es permitido el trabajo subordinado en la época actual.

Estas consideraciones nos autorizan a afirmar que en nuestros días el arrendamiento de servicio no es la forma genérica de un grupo de contratos de actividad y además que el contrato de trabajo, no es una de sus especies.

En realidad, entre uno y otro contrato, hay una diferencia sustancial que afecta la naturaleza de la relación jurídica ya

que si el contrato de trabajo no da temporariamente el uso incondicionado de la cosa (del hombre o de su fuerza de trabajo) no puede ser jurídicamente locatio.

Por otra parte sobre la idea de la relación no podría tampoco construirse una teoría general del contrato para nuestros días. Nuestro siglo no conoció la esclavitud, razón por la cual ninguno de los intérpretes de su pensamiento y sus costumbres, habría podido incorporar al contrato de trabajo elementos servidumbresales.

Por el contrario, las elaboraciones doctrinales a que dió lugar el nuevo contrato, derivan directamente del liberalismo político de sus ideas glorificadoras del hombre y del concepto según el cual el trabajo es un deber social, de donde surge la necesidad correlativa de usar de nuestra actividad y ya sea libremente en vista de los fines que persigue el grupo social o ya subordinándola, es decir, aceptando que otro la dirija teniendo en cuenta también el mismo fin.

Por esta razón el contrato de trabajo crea un estado de subordinación formal y limitado, mientras el arrendamiento de servicios, por su origen y concepción, concede el uso discrecional de la persona humana y crea una de las ramas más extremas de dependencia.

Estas consideraciones permiten fácilmente fundar la discrepancia con la tesis que ve en el contrato de arrendamiento de servicios una prestación libre de trabajo y en el contrato de trabajo una prestación subordinada. Contra los que sostienen tal tesis puede afirmarse que la locatio operarum por el contrario, da lugar a una forma de dependencia humillante e incompatible con la dignidad humana.

Repetimos que históricamente parece paradójico e incongruente que el mundo antiguo, (el que practicó la esclavitud), hubiera creado, para la normación jurídica de la relación de trabajo, un contrato basado en la idea de la libertad; mientras el mundo libre, para la misma relación, hubiera concebido un contrato basado en la dependencia y sumisión de uno de los contratantes.

Ya vimos, por otra parte, que una relación de derecho basada en la idea de la locatio, es decir, del uso incondicionado y discrecional de la actividad profesional, una relación que tiene por objeto el trabajo como tal, no puede dar lugar a una prestación libre porque no puede comprometerse la actividad de un modo genérico y conservar al mismo tiempo la libertad de disponer de ella.

Podría decirse, como conclusión, que reservado desde la Edad Media para el servicio doméstico y el trabajo rural, el arrendamiento de servicios domésticos y el trabajo no lo practicó nunca el mundo libre, el cual lo sustituyó por otro contrato: el contrato de trabajo, que no es una especie de la locación de servicios, ni integra su género.

Se podría decir, que aún colocándose en la posición que estamos sosteniendo según la cual el arrendamiento de servicios no da lugar a una prestación libre sino subordinada tal cosa no sería suficiente para concluir que la locación de servicios no es el género y el contrato de trabajo su especie, ya que en los dos contratos habría uso de nuestra actividad concedido a otra persona en distinto grado. Pero debe recordarse que la naturaleza jurídica de un contrato no se basa en los elementos cuantitativos sino en los cualitativos; que no es la cantidad sino la calidad lo que determina el género. En realidad, no se trata de grados

sino de dos órdenes de relaciones distintas; en el arrendamiento de servicio hay positivamente uso de la persona humana mientras en el contrato hay otra cosa: coordinación y utilización negociada de la actividad profesional. La calidad en la locación, es tá representada por el poder que el contrato dá a una de las par tes para disponer libremente y en forma temporaria del trabajo - de otra persona; en cambio, el contrato de trabajo es una simple negociación que nos permite utilizar y coordinar nuestra actividad con la de otra persona.

Precisamente porque el arrendamiento de servicios concedió siempre el poder de disponer libremente de la persona humana, di cho contrato no se practicó en el mundo moderno en vista de que daba lugar a una forma de trabajo servil.

De esta manera puede afirmarse que la relación obrero patronal, desde la Revolución Francesa hasta la elaboración del contrato de trabajo en nuestros días, no fue una relación de derecho sino de hecho, sobre cuya vida y desarrollo durante mucho - tiempo influyeron más los elementos fácticos que los medios jurídicos.

En esta relación, que entonces se desarrolló fundamentalmente en función de los usos y las costumbres, se fueron paulatinamente fijando las condiciones en que el liberalismo económico - permitiría tomar compromisos sobre la actividad del hombre, dictándose con ese fin leyes sobre descanso, horario, salario mínimo, vacaciones, seguridad, etc., que crearon las condiciones de las que surgió un nuevo contrato: el contrato de trabajo el cual por todo esto, sería aquel por el cual una persona coordina con

otra su actividad, no para que use de ella conforme a la idea de la locatio, sino dentro de los límites en que es permitido el trabajo subordinado en la sociedad contemporánea.

Por lo tanto, cuando el servicio se presta sujeto a estas condiciones límites, con arreglo a la negociación y no conforme a la idea de la locatio, hay un atenuado estado de subordinación fundado en el interés general de la colectividad por oposición al arrendamiento de servicios; contrato en el cual la subordinación deriva de la idea de la locatio, es decir, del uso o goce -- casi discrecional de la persona. Por todo esto puede decirse -- fundamentalmente que este contrato, más que una locatio operarum, es en realidad una locatio hominis y por los mismos motivos dicho contrato terminó por ser celebrado casi exclusivamente por los domésticos porque el servicio doméstico supone el sometimiento casi incondicional, la labor sin descanso, ni horario, la convivencia, la integración de la comunidad familiar, así como ciertos elementos reverenciales y servidumbrales que, reunidos, dan lugar en nuestra época a una forma aún viva de trabajo servil. -- Por esto mismo puede aceptarse que el arrendamiento de servicio ya no existe o continúa existiendo en la misma medida en que el servicio doméstico subsiste como práctica social.

B) FORMA EN QUE NUESTRO CODIGO CIVIL REGULABA EL ARRENDAMIENTO DE CRIADOS DOMESTICOS.

Nuestro Código Civil en su Capítulo VII referente al "Arrendamiento de criados domésticos", regulaba las relaciones entre el patrono y el criado, y el cual fue derogado por el Código de Trabajo, publicado en el Diario Oficial del primero de febrero de mil novecientos sesenta y tres y decía así:

Art.1775 C. "En el arrendamiento de criados domésticos una de las partes promete prestar a la otra, mediante un salario, - cierto servicio, determinado por el contrato o por la costumbre del país."

Art.1776 C. "El servicio de criados domésticos puede contratarse por tiempo determinado; pero no podía estipularse que durará más de un año, a menos que conste la estipulación por escrito, y aún con este requisito será obligado el criado a permanecer en el servicio, por más de cinco años, contados desde la fecha de la escritura, la escritura podía renovarse indefinidamente. El tiempo se entenderá forzoso para ambas partes, a menos de estipulación contraria".

Art.1777 C. "Si no se hubiera determinado tiempo, podrá cesar el servicio a voluntad de cualquiera de las partes.

Con todo si el criado no puede retirarse inesperadamente - sin grave incomodidad o perjuicio del amo, será obligado a permanecer en el servicio el tiempo estipulado para que pueda ser reemplazado, aunque no se haya estipulado desahucio.

El criado que sin causa contraviniera a esta disposición - pagará al amo una cantidad equivalente al salario de dos semanas".

Art.1778 C. "La mujer que se encontrara contratada como nodriza, será forzosamente obligada a permanecer en el servicio mientras dura la lactancia, o no pueda ser reemplazada sin perjuicio de la salud del niño."

Art.1779 C. "Si el criado contratado por cierto tiempo se retirase sin causa grave antes de cumplirlo, pagaría al amo, - por vía de indemnización, una cantidad equivalente al salario de un mes.

El amo que en un caso análogo despidiere al criado, será obligado a pagar por vía de indemnización igual cantidad, además de la que le corresponda al servicio prestado.

Si falta menos de un mes para cumplir el tiempo estipulado, se reducirá la pena por una u otra parte a lo que valga el salario de la mitad del tiempo que falta".

Art.1780 C. "Si se hubiere estipulado que para hacer cesar el servicio sea necesario que el uno desahucie al otro, el que contraviniere a ello sin causa grave, será obligado a pagar al otro una cantidad equivalente al salario del tiempo del desahucio o de los días que falten para cumplirlo. Las indemnizaciones de que trata el presente capítulo se entienden sin perjuicio de las penas impuestas por el Código Penal y las leyes especiales en los casos respectivos".

Art.1781 C. "Será causa grave respecto del amo la ineptitud del criado, todo acto de infidelidad o insubordinación y todo vicio habitual que perjudique al servicio o turbe el orden doméstico; y respecto del criado el mal tratamiento del amo, y cualquier conato de éste o de sus familiares o huéspedes para inducirles a un acto criminal o inmoral.

Toda enfermedad contagiosa del amo dará derecho al otro a poner fin al contrato.

Tendrá igual derecho el amo si el criado por cualquier causa se inhabilitare para el servicio por más de una semana".

Art.1782 C. "Falleciendo el amo se entenderá subsistir el contrato con los herederos y no podrán éstos hacerlo cesar sino como hubiera podido el difunto".

Art.1783 C. "La persona a quien se presta el servicio será creída, sin perjuicio de prueba en contrario:

- 1) en orden a la cuantía del salario.
- 2) en orden al pago del salario del mes vencido, si dentro de los quince días subsiguientes no se hubiera reclamado."

"Disposiciones como las anteriores constituyen verdaderos reglamentos de policía de los cuales UNSAIN recuerda la ordenanza de 1614, que instituyó en España los casos de madres de mozos".(2)

Además existen tales criterios en los Códigos de los diferentes países de América, que por ser un continente relativamente nuevo, sin fuentes de trabajo y la población con una cultura, debido a lo cual, los ricos tenían grandes cantidades de servidores.

El capítulo anteriormente transcrito como puede verse regulaba en una forma precaria y con mente civilista la situación jurídica en que se encontraban los trabajadores del servicio doméstico, teniendo como fuente el ya mencionado artículo 817 - del Código Civil.

BIBLIOGRAFIA

- (1) FRANCISCO DE FERRARI, Dcho.del Trabajo.Vol.II,Pág. 61 y 62, Ed. DEPALMA.
- (2) UNSAIN, Evolución del Servicio Doméstico, revista del Dcho.del Trabajo. Tomo VII.Págs.326.

CAPITULO IV

TRABAJADORES FAMILIARES Y DOMESTICOS

Con respeto a estos trabajadores, los tratadistas Luis Alcala Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres nos dicen lo siguiente:

"Los miembros de una familia que cooperan con el Jefe de ella en la actividad profesional de éste, no se consideran ligados a él por una relación de dependencia contractual, lo cual los sitúa fuera de los servicios que regula el Derecho Laboral y del sector humano a que se dirige la Política Laboral también.

Tal el hijo que trabaja con el padre y también la mujer - que ayuda al marido, por estimarse que en la prestación filial y en la conyugal prevalecen el afecto y la colaboración familiares.

Ahora bien, nada impide que entre los parientes más íntimos pueda estipularse un contrato de trabajo, en que una de las partes asume la posición de patrono y la otra la de trabajador. No es raro así que en alguna empresa la mujer con el hijo y la hija del patrono desempeñen algún empleo con el horario y sueldos fijos, que en ocasiones persigue el asegurarles a alguno de estos miembros familiares derechos jubilatorios".

La ley española de Contrato de Trabajo dispone: "que no están comprendidos en la regulación del contrato establecido en la misma "los contratos de carácter familiar donde solamente estén ocupados personas de la familia o por ella adoptadas, bajo la dirección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajen no se consideren asalariados."

La llamada industria familiar, donde el concepto familiar tiene la extensión gramatical que a la palabra se dá, señala - las relaciones que no sustituyen patronato; no se producen diferencias de lucro a favor del jefe de la industria, por razón de que los beneficios se incorporan al patrimonio familiar. Por esa causa la legislación laboral, como norma no aborda los problemas derivados de la industria familiar. Sin embargo, subsiste cierta intervención de los Poderes Públicos no referida a las cuestiones de orden contractual del trabajo, pues no existen convenios laborales, sino en lo relativo a la realización efectiva del trabajo: condiciones de seguridad, descansos establecidos, respecto de la jornada laboral, limitación del trabajo nocturno. Tales disposiciones se refieren a todo aquel que trabaja, sea que realice su labor con dependencia a causa de un contrato o sea libremente; ella obedece a razones de orden público, impuestas por encima de la propia voluntad de quienes deban cumplir con ciertas prestaciones laborales.

En íntima conexión con el círculo familiar, los domésticos-mayordomos, criados y criadas, porteros, jardineros y otros que prestan sus servicios en el domicilio de la familia y sin realizar tareas que supongan lucro para quienes los emplean, no se consideran sujetos de un contrato de trabajo.

Cuando las actividades se desenvuelven fuera del domicilio de un amo de casa y encuadran dentro de una explotación lucrativa, la relación laboral se regula como contrato de trabajo - especial".(1)

Este tipo de industria familiar tuvo mucho auge amparado por las razones siguientes:

1- Por la mayor descendencia o poder que tenía el padre sobre sus hijos y el marido sobre la mujer;

2- Por la dificultad que tenían los hijos de estudiar una profesión y poderse dedicar así a una actividad distinta o la de su padre;

3- Por las pocas oportunidades que tenían las esposas e hijos de trabajar fuera de su hogar, a raíz de una falta de industrialización.

Considero que esta clase de industria declinó hasta desaparecer por las causas siguientes:

1.- Por la reducida ascendencia o poder que actualmente ejerce el hombre sobre la mujer y el padre de sus hijos.

2.- Por las facilidades que actualmente existen para que las mujeres e hijos adquirieran una perfección distinta a la ocupación del hombre.

3.- Por el auge de la industrialización, a raíz de lo cual tanto las mujeres como los hijos han emigrado del hogar para laborar en las empresas.

En nuestro medio tal clase de industrialización no la regula nuestro Código de Trabajo, si de hecho existen en la realidad se debe más que todo a los sentimientos de ayuda mutua que debe existir en la familia, desde luego, que si un padre de familia tiene un hijo menor de edad, puede obligarlo a que trabaje con él para que aprenda su oficio en virtud del derecho de patria potestad que ejerce sobre el menor, pero tal poder ya no lo tiene sobre un hijo que haya adquirido su mayoría de edad y si trabaja con él lo hace ya sea como un trabajador común o porque lo convierte en socio de hecho de su pequeño taller para el caso.

Disiento de los tratadistas referidos al manifestar que los domésticos, que realizan sus tareas en el seno del hogar no se encuentran ligados con su patrono, por medio de un contrato de trabajo, tal como lo demostraré cuando desarrolle el tema que se refiere a ello.

BIBLIOGRAFIA

- (1) LUIS ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO
GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES; Tratado de Política Laboral y Social. Tomo II, Pág. 32 a 33. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO V

EL SERVICIO DOMESTICO EN AMERICA

Esta clase de trabajo considerado en América en una forma injusta e inhumana como una actividad de tipo servil, a raíz del gran desprecio con que han sido tratadas las personas que lo realizan, a raíz de que como relación jurídica careció en general de relevancia porque el servidor, a quien no alcanzó en general las leyes que protegen a los trabajadores, no era en realidad un centro de interés como sujeto de derecho.

Pero si el contrato que relaciona al patrono con el servidor nunca interesó al legislador ni a la ciencia jurídica, el servicio doméstico dió lugar, en cambio, en todos los tiempos a numerosos reglamentos de policía dictados en atención a la índole particular de las relaciones que establece entre las personas, esta clase de actividad. De allí que en toda América Latina fue el Código Civil el que ocupó todo este tipo de relaciones, refiriéndose a los domésticos como un verdadero reglamento de policía, so pretexto de preservar las buenas costumbres del hogar así como también la buena marcha del mismo.

Es por lo anterior que el tratadista Francisco De Ferrari al referirse a este tema, nos dice: "Reglamentos de este género existen también en América desde los orígenes de la dominación española, si bien el problema del servicio doméstico se presentó en los países americanos hasta hace muy poco tiempo, con caracteres especiales. Contiene en este continente nuevo y sin tradiciones industriales y sin fuentes de trabajo, -

habitado por hombres carentes de formación profesional y de cultura, y por indios negros que vivieron durante mucho tiempo como esclavos, dichos países dispusieron, por esta razón, de grandes cantidades de personas que se ofrecían como servidores domésticos y peones de estancias. Nuestras viejas familias, como se recordará, utilizaban gran número de criados, debido precisamente a la enorme oferta de mano de obra en esta clase de tareas, correspondiente agregar que, aún después de las declaraciones abolicionistas que hizo el país al declararse independiente, los esclavos siguieron prestando sus servicios en carácter de domésticos, como si no se hubiera producido su liberación. Por esta razón, España se ocupó varias veces de la práctica del servicio doméstico en su nueva colonia, dictando diversas normas que integraron el derecho indiano. Una de esas normas prohibía a los indios estar al servicio doméstico de un español por más de un año.

Según la Recopilación de las leyes de los reinos de la India, ninguna india casada podía servir en casa de español, ni ser a esto apremiada si no sirviese en ella su marido, contratarse de nodriza en casa de encomendero. Estas disposiciones del derecho indiano inspiraron más tarde, entre otras, al gobernador Berroteran, cuando dió sus instrucciones sobre servicio doméstico, las cuales, después de aprobadas por la Real Cédula de 1695, pasaron a formar parte del fuero indígena de Venezuela.

Por otra parte, existió en América, una clase de indígenas, los "Yanaconas", que desde la época del Imperio incaico y como

consecuencia de una condena, vivieron ellos y sus descendientes, destinados a servir a los vencedores. Con el tiempo estos indígenas se extendieron por diversas partes de América, convertidos en domésticos hereditarios".(1)

BIBLIOGRAFIA

(1) FRANCISCO DE FERRARI;

Derecho del Trabajo, T. II,
Pág.44 y 45, Ed.Depalma, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO VI

APRECIACION SOCIAL Y LABORAL DEL SERVICIO DOMESTICO

El origen de esta actividad y todo lo que aún posee de humillante, han influido notablemente para que en la actualidad, esta clase de trabajo vaya desapareciendo o tienda a desaparecer a medida que las circunstancias lo permitan. Podemos decir sin temor a equivocarnos que en la actualidad dichas circunstancias persisten, lo cual ocasiona la escasez de servidores domésticos convirtiéndose tal situación en un verdadero problema. Tales hechos han ocasionado la tendencia a abandonar esta clase de trabajo por otras ocupaciones antes verdaderamente vedadas para las mujeres. No obstante hay que reconocer que a raíz del éxodo de trabajadores de esta actividad, ha ocasionado como consecuencia lógica el mejorar la situación jurídica de los domésticos para incentivarnos a permanecer desarrollando tal trabajo, lo que ha llevado a una relativa equiparación entre la regulación jurídica de esta actividad con las demás pero dejando todavía subsistir grandes diferencias en la forma injustificada.

En la actualidad el servicio doméstico a pesar de la regulación que da el Código de Trabajo, continúa siendo una actividad disfrazada, por lo que se hace necesario reformas profundas al respecto, que permitan su equiparación con los demás trabajadores.

Con relación a este tema el trabajo de tratadistas como Luis Alcalá Zamora y Castillo, que nos dice lo siguiente:

"A partir de la primera pos-guerra mundial, por las innumerales transformaciones que significó, sobre todo debido a la movilización industrial de las mujeres durante las hostilidades, el servicio doméstico insinuó una declinación numérica, intensificada después y que para algunos presagia su no lejana desaparición. Las causas concretas que han originado o impulsado este fenómeno son: a) La mecanización del hogar, que hace más llevaderas las tareas domésticas a las propias amas de casa; b) la expansión industrial, con salarios más tentadores que los caseros y una mayor independencia personal; c) La evolución de la vida familiar, con tareas que se prestan por ciertas empresas, como las lavanderías, agencias enceradoras, restaurantes y -- otras; d) El mayor desarrollo cultural, que abre perspectivas de trabajo no manuales a los que antes debían contentarse con tareas subalternas.

A ese proceso social acompaña paralelamente el de la transformación jurídica de la prestación doméstica. En efecto, la fijación de honorarios, aunque más o menos amplios, para realizar las tareas domésticas (incluso cuando se convive plenamente, por compartir comidas y techo); la determinación y el uso de los descansos semanales o "salidas", como típicamente suelen denominarse; el disfrute de vacaciones anuales, ya con pleno alejamiento progresivo en el régimen de los accidentes del trabajo; el salario más remunerado; el trato menos rudo para los servidores domésticos, los van asimismo asimilando progresivamente a los trabajadores más genuinos de las reglamentaciones laborales. Y más aún en la modalidad tan frecuente en las grandes poblaciones, del servicio doméstico regulado rígidamen

te por horas, con retribución ajustada a ellas y retiro del servicio al servidor o servidora a su domicilio concluídas las tareas, transcurrido el lapso convenido, la frortera con el resto de los trabajadores en general se debilita hasta borrarse por completo, salvo siempre lo peculiar de las actividades materiales, lo cual no afecta al nexo jurídico".(1)

BIBLIOGRAFIA

(1) Luis Alcalá-Zamora y Castillo

Guillermo Cabanellas de Torres, Tratado Política Laboral y Social. T II Pág.255 a 256. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO VII

CONCEPTO Y DEFINICIONES DEL CONTRATO
DEL SERVICIO DOMESTICO

A.-DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO.

A este respecto el tratadista Julio C.Rojas nos dice: "La palabra "doméstico", deriva etimológicamente del latín, "domus", casa; servicio doméstico es el de la casa, en el significado de hogar. Este trabajo se considera tan antiguo como el mundo civilizado, ya sea bajo la forma de esclavitud y en este sentido la utilizaron y utilizan las tribus y pueblos bárbaros, sea bajo la forma moderna más compatible con los programas alcanzados por la humanidad; desempeña un papel importante en los conglomerados sociales. Siempre han existido individuos y familiares que, para evitar las faenas inherentes a la conservación de sus personas, y de su casa, se han valido del trabajo ajeno; y siempre han existido igualmente quienes prestan a ellos para satisfacer sus necesidades más elementales".(1)

En España este servicio era reglamentado por ordenanzas municipales, algunas de éstas de curiosa redacción, pudiendo recordar así con Unsain la ordenanza de 1614, instituyendo en Madrid, las "Casa de Madres Mozas", "se establece la obligación de llevar en ellas un libro encuadernado en el que ha de escribirse - el nombre, edad y lugar de donde salieron las postulantes de empleo, como también la casa que dejaron de servir, lo mismo que el monto del salario, últimamente ganado. La mentira en suministrar estos datos era castigada. La inscrita debía concurrir a dicha casa todos los días, de ocho a diecisiete horas en invierno

no y de 7 a 19 horas en verano, proporcionando el trabajo, si no lo aceptare, se daba cuenta al alcalde, que pedía castigarlas o inclusive extrañarlas de la ciudad, calificándolas de vagabundas. En igual calificación incurría la que solicitaba, al concertar su ajuste, un día franco por semana, so color de tener negocios o persona a quien ver. Puede tenerse una idea cierta de algunas exigencias del servicio doméstico en aquellos - tiempos recordando que se pena a quienes buscan casas donde haya escaleras o pocos niños; la no aceptación del trabajo ofrecido en el curso de ocho días traía aparejada la expulsión de la ciudad.

Extraño parecía constatar que mientras los antiguos Códigos Civiles de algunos países, por ejemplo, España, Italia, Argentina, establecen cierto amparo para el personal doméstico, la evolución legislativa en materia laboral muestra un vacío evidente en lo relativo a estos servicios. Así por ejemplo Cabanellas refiere "un primitivo proyecto formulado en España en 1906, sobre contrato de trabajo, incluía dentro de sus preceptos al servicio doméstico, excluido de la Ley de contrato de trabajo, en el texto refundido en 1944".

Este hecho sintomático de que la mayoría de las legislaciones prescinden en sus preceptos del servicio doméstico, lo explica Deveali sosteniendo que aquellas se preocupan principalmente del contrato de trabajo en sentido escrito, es decir, el que se desarrolla en las empresas fabriles o comerciales "y que plantea problemas más apremiantes bajo el aspecto económico y social. Ha ocurrido en esta firma que el servicio doméstico, que ha sido por mucho tiempo la principal forma de contrato de tra-

bajo y la que indujo a los legisladores de antaño a dictar las primeras disposiciones de amparo, dentro del esquema de la locación de servicios, ha quedado relegado de los beneficios de las leyes posteriores que han desarrollado los principios inspirados de aquéllas."

La tendencia de no aplicar a este servicio todas las normas protectoras extensivas a otros trabajos, se explica según Barassi "porque esta aplicación terminará insinuando en las relaciones, esa enajenación espiritual que sería contradictoria con la naturaleza de aquéllas y colocaría, en cierto sentido, al trabajador contra el grupo doméstico".

A nuestro juicio es muy diferente al referirse a la situación existente entre las prestaciones llevadas a cabo en la continuidad de la vida íntima del hogar, bajo un mismo techo, donde el trabajador sirve a un dueño de casa o a familia, compartiendo a veces la misma mesa y participando de contingencias comunes, y las que realiza el obrero de una fábrica, sujeto a un horario permanente y sin mayores relaciones directas con el patrono o el empresario que no sean las derivadas del cumplimiento contractual de las obligaciones de ambos.

En los primeros, priva el elemento de confianza, benevolente "fiducia", de los autores italianos y el diverso carácter de relaciones ha de crear también diversas relaciones jurídicas de la misma, lo que por ello no implica que justifiquemos el desamparo en que se ha visto el personal doméstico.

DELITALA, estima que el contrato de servicio doméstico, "es aquél por el cual un padre de familia o un particular titular de un establecimiento de tipo doméstico, como un internado, una co

munidad religiosa, toma al servicio de la familia o del establecimiento mismo la actividad de trabajo, de carácter predominantemente manual del otro contratante, para el normal funcionamiento de la vida interna de la familia o de la comunidad." (2)

No estoy de acuerdo con el concepto que nos proporciona DE LITALLA, por las razones siguientes:

1.- Por el hecho de que le atribuye la calidad de patrono en una forma específica al padre de familia, con lo cual da la impresión de que una persona que no tenga tal calidad no puede ser patrono;

2.- Porque también le atribuye la calidad de patrono a un padre de familia o particular titular de un establecimiento, como un internado, comunidad religiosa, siendo bien sabido de que las actividades domésticas deben ser desarrolladas en el seno de un hogar y no en lugares como antes apuntados; y

3.- Por mencionar en su definición el carácter predominante manual de la actividad doméstica, lo cual se debe a que en varias legislaciones hacen la distinción entre las actividades manuales tales como lavar, hacer la limpieza, etc. y las intelectuales como damas de compañía, hayas, etc. con el objeto de aplicarles regulaciones distintas, debiendo haber dicho en consecuencia "labores propias de un hogar".

DESEMO nos dice: "El contrato de servicio doméstico puede definirse como el acuerdo de dos voluntarios mediante el cual - una parte se obliga a suministrar a la otra ciertas prestaciones específicas o genéricamente indicadas, de carácter prevalentemente material y dirigidas a satisfacer las exigencias de los establecimientos domésticos y entidades similares y la otra parte,

titular del establecimiento, se obliga a una retribución en dinero (salario, pago, sueldo) a la cual normalmente se agrega el alojamiento y la comida". (3)

No estoy de acuerdo con el comentario de DESEMO por las razones siguientes:

1.- A raíz de que comete el error de decir que una parte se obliga a suministrar a la otra ciertas prestaciones específicas o genéricas indicadas, en lugar de habernos dicho que una parte se obliga a realizar en favor de la otra, labores propias de un hogar;

2.- Porque le atribuye la calidad de patrono a un establecimiento, cuando ya sabemos de antemano que en esta clase de contrato, pueden sus patronos ser únicamente las personas naturales.

3.- Por lo expuesto en la tercera crítica que le hice a Delitala, relativa al carácter manual o intelectual que algunos legisladores le atribuyen al servicio doméstico.

Considero que solamente las personas naturales pueden ser patronos en una relación de servicio doméstico, por cuanto la principal característica de éste es que se presta en el seno de un hogar y hogar sólo se concibe en las personas naturales y no es las morales.

Para Francisco de Ferrari "celebrar contrato de servicio doméstico corresponde a las personas que, en los lugares, habitual o transitoriamente destinados a morada o habitación de las personas se obligan mediante una paga, a realizar tareas propias de un hogar".(4)

BARASSI, considera trabajo doméstico "aquellas prestaciones inherentes al normal funcionamiento de la vida interna de de

las familias o convivencias, como colegios, cuarteles, conventos y establecimientos penales".(5)

El concepto que nos proporciona el tratadista Barassi tiene el error de considerar como trabajo doméstico aquellas prestaciones que prestan en lugares e instituciones que produzcan lucro como los colegios, etc. y que además una persona jurídica lo es el titular del centro de trabajo, cuando es bien sabido - que en este caso los patronos de los trabajadores domésticos - únicamente pueden ser personas naturales y no instituciones como colegios, y otros pues, aunque en estos lugares dichos trabajadores desarrollan labores propias de un hogar, no por eso son servidores domésticos y por lo tanto se les aplica las disposiciones generales de este Código.

Después de haber entendido y analizado cada uno de los conceptos debidamente proporcionados por diferentes tratadistas me parece un poco más completo lo que nos dice Francisco de Ferrari ya transcrita aunque siempre como todos los conceptos, no contempla todos los elementos que debería de contener, es por ello que me considero adicto a las definiciones o conceptos, pero para efectos de estudio podemos decir que el contrato de servicio doméstico es aquel por virtud del cual una persona de obliga a realizar en forma habitual y continua las labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular en favor y bajo la dependencia de una persona natural y mediante el pago de un salario en el cual se considera comprendida el alojamiento y alimentación, salvo estipulación contraria y que tales servicios no importen lucro para el patrono.

B.- DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL.

Nuestro Código de Trabajo, no nos proporciona una definición del Contrato de servicio doméstico, sino de trabajadores del servicio doméstico y al respecto el Art.77, en su inciso - lo. dice: "trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un lugar o de otro sitio de residencia o habitación particular que - no importen lucro o negocio para el patrono".

Otra legislación incluye dentro de sus estatutos legales - la definición del contrato de servicio doméstico y al respecto el Art.61 del Código de Trabajo de Chile, define este contrato como el realizado por las personas que se dedican en forma contínua, y sólo para un patrón, a trabajos propios del servicio de un hogar; tales como los de llevaderos, sirvientes de mano, cocineros, niñeras, etc."

El Art.37 del Código de Trabajo Español de 1926, nos de- cía: "servicio es aquel que presta mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ellos, que no persi- ga lucro, para trabajar en su casa o morada particular, al ser- vicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus depen- dientes, bien se albergue con el domicilio del amo o fuera de él".

El Art.7 del Decreto Reglamentario de la primera ley la- boral argentina, nos dice: "se entiende por servicio doméstico el estado de las personas a sueldos, al servicio de personas o familias, con el objeto de consagrarles su trabajo y cuando, - sin que puedan ser dedicados a fines de lucro directo, comercio o industria".

En el Ecuador, el Decreto Presidencial No.210 del 5 de agosto de 1938, sancionó al Código de trabajo que luego fue modificado parcialmente previniéndose beneficio en caso de enfermedad, por Decreto de 4 de noviembre de 1924. El Titular III, se refiere a las modalidades del trabajo y en su capítulo I intitulado "Servicio Doméstico" regulado a partes del Art. 168 y así nos dice que "el contrato de servicio doméstico es el que se presta mediante remuneración a una persona que no persigue fin de lucro y sólo se propone aprovechar, en su morada, de los servicios continuos del trabajador para sí y su familia, sea que el doméstico se albergue en casa del patrono o fuera de ella.

Como dije anteriormente, nuestro Código de Trabajo no nos proporciona un concepto de contrato de servicio doméstico, sino que de trabajador de servicio doméstico, pero con los elementos de éste, fue que elaboré el concepto de tal contrato en los comentarios anteriores. Pero sí vale la pena hacer notar lo feliz que fue nuestro legislador al decirnos en el Art.77, inciso lo. que las labores que dicha clase de trabajadores deben desarrollar, son aquellas propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, ya que con tal afirmación quedan por fuera todas aquellas actividades que aunque son realizadas en un hogar y aunque no produzcan lucro, no sean las normales de un hogar promedio, tal es el caso del motorista particular, del jardinero, del que cuida y limpia la piscina, etc. Por lo antes expuesto tal circunstancia es la principal dentro de tal clase de contrato, sin desestimar desde luego el elemento del lucro, ya que si la actividad la produce, nos encontra-

mos en presencia del contrato común y corriente.

BIBLIOGRAFIA

1.- JULIO C. ROJAS,

2.- DELITALA LUIGI,

El Contrato de Trabajo,
Pág.423.

3.- DESEMO,

II Contrato di lavoro domesti-
co Nell Trattado de Barsie e
Pergolesi, T.I, Pág.503.

4.- DE FERRARI, FRANCISCO,

Derecho del Trabajo, Vol.II.
Pág.46 Ed.Depalma, Buenos -
Aires, Argentina.

5.- BARASSI,

Mencionado en la Obra El Ser-
vicio Doméstico.Pág.86 de Ju-
lio C.Rojas.

CAPITULO VIII

EXTENSION DEL CONCEPTO. CASO ESPECIAL DEL JARDINERO.

EXTENSION DEL CONCEPTO.-

Para determinar la extensión del concepto de servidores domésticos, es preciso determinar que forman parte de tal categoría de trabajadores, únicamente aquellos que realizan tareas propias de un hogar, que dichas labores las desarrolle en el hogar o en otro sitio de residencia o habitación particular, que dichas labores sean realizadas en una forma habitual y continua, con lo cual se indica que no será doméstico una secretaria que en forma ocasional verifique tareas de limpieza en el hogar de un patrono y que tales tareas no importen lucro al patrono; pero si por el contrario tales tareas, o sea las propias de un hogar, no son prestadas o desarrolladas en el seno de un hogar, sino que empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables como dice el inciso último del Art.77 del C. de T., el trabajador que las verifique no debe ser considerado como doméstico, lo cual nos viene a confirmar el hecho de que el patrono en esta clase de contrato únicamente puede serlo una persona natural.

Con relación a lo anterior, el tratadista FRANCISCO DE FERRARI, nos dice: "conviene precisar que no son servidores domésticos todos los trabajadores dedicados a actividades de la misma índole de las que habitualmente atiende el doméstico en el interior del hogar, como hacer aseo y limpieza de interiores, -

asistencia de personas, etc. El servidor no es doméstico por su naturaleza (tareas de limpieza, de atención, de asistencia, de cocina, etc.) es doméstico por esa circunstancia pero, fundamentalmente por el lugar de la prestación del servicio, si estas mismas actividades se desarrollan, no en el hogar, sino en un sanatorio o en un hotel, el servicio doméstico deja de serlo porque su prestación no está vinculada a una comunidad o familia".(1).

Existen legislaciones que cometen el error de clasificar las actividades domésticas en: Materiales (de aseo, limpieza, de cocina, etc.) e intelectuales (damas de compañía, hayas, enfermeras, etc.) y el de ejemplificar cuáles son las actividades domésticas y cuáles no, con lo cual se cae en la situación de dejar por fuera actividades que deben ser consideradas, como tales, a raíz de lo cual se han presentado polémicas sobre si un trabajador a domicilio, un portero o un jardinero deben o no ser considerados como trabajadores domésticos.

A raíz de que la tesis de considerar el trabajo a domicilio como una actividad doméstica, carece de toda razón de ser no comentaré tal tema, pero sí el caso de los porteros y el de los jardineros por las muchas polémicas que existen en derredor de tales actividades de trabajo.

CASO DEL PORTERO.

Por considerar de mucha importancia los datos recogidos de la jurisprudencia de varios países, de tratadistas, de institutos legales por Francisco De Ferrari, así como el criterio

personal de dicho tratadista, transcribiré textualmente lo que con respecto a esta clase de actividad nos dice y al final haré los comentarios personales.

Ferrari nos dice: "La Jurisprudencia al aplicar a los porteros, limpiadores y encargados de casas de apartamentos las disposiciones sobre dichos despidos y salarios mínimos, ha considerado también que no son servidores domésticos.

Los porteros de casas de apartamentos dice Barbagelata en su excelente artículo sobre materia tratada- o los afectados al servicio de las comunidades de dominio conocidas como edificios en -propiedad horizontal- no pertenecen a la categoría de los domésticos y deben ser objeto de la protección absoluta del derecho laboral. Sus servicios se cumplen fuera del hogar de su empleado, ya sea el dueño del edificio o la comunidad de condonios.

No compartimos este criterio; por lo menos los porteros que trabajan en edificios incorporados al régimen de la "Propiedad horizontal", son domésticos porque prestan sus servicios dentro de una comunidad familiar. En este caso se trata de un servidor doméstico, tanto por el lugar de la protección del servicio como por la naturaleza de la tarea, así como por el régimen de acentuada sumisión y respeto a que están sometidos los porteros, semejante al que rige para el valet, la mucama o la limpiadora. Esta extrema dependencia o incondicionable característica del servicio doméstico, es decir de una forma de trabajo humano totalmente desvinculado de las actividades lucrativas y de las reglamentaciones legales, que se rige por esa razón, no por un -

contrato de trabajo, sino por un contrato de arrendamiento de servicio.

Esto no quiere decir, desde luego, que somos partidarios de esa penosa manifestación de trabajo subordinado ni que queremos que se mantenga. Simplemente estamos considerando el problema desde el punto de vista jurídico y encarado de esta manera, es evidente que los porteros de que se trata son servidores domésticos tanto cuando pertenecen a una residencia habitada por una sola familia como cuando habitan más de un grupo familiar.

En otros términos el portero en estos casos es un doméstico más cuyos servicios se prestan preferentemente en lugares comunes del edificio que sirve de hogar a varias familias, lugares que, aunque sean comunes, integran lo mismo el hogar familiar, además el sueldo de tales servidores no es pagado por un tercero sino por las familias a cuyo servicio están en razón de su carácter de doméstico común. El hecho de que el tratamiento legal dado al portero como en general, al servicio doméstico, sea manifiestamente injusto no nos autoriza a deformar o separarnos de los conceptos jurídicos.

Para llegar en algunos casos a una conclusión distinta, una parte de la doctrina italiana se ha dado a distinguir si el portero vive o no con la familia y si tiene habitación o no en la casa de la persona que sirve. Carece indudablemente de seriedad considerar, en el plano científico, tales nimiedades y confundirlas con los elementos jurídicos, aparte de que los porteros de casas sujetos al régimen de la propiedad horizontal viven generalmente en la casa común, mientras la mayoría de los domésticos, en cambio, no contestan más como antes sus servi-

cios con cama y a pesar de ellos no pierden su condición de domésticos.

Para el Derecho italiano, pues el portero que vive en la casa del amo es doméstico. También lo es para el Derecho español en su razón de que, según sus definiciones, servicio doméstico es el que presta mediante sueldo o jornal y es contratado no por un patrono sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una casa o morada particular. Consecuentemente con este concepto legal -que es de recibo general- dice García Oviedo que los porteros no están expresamente sujetos a la ley de limitaciones de la jornada de trabajo, descanso semanal, etc.

Por su parte, para de la Cueva, el Portero, que vive en la casa de la familia es un doméstico.

También en Francia por considerarlos domésticos, están excluidos en forma expresa del régimen de la mayoría de las leyes de trabajo.

Sin embargo, apartándonos de esta noción estrictamente jurídica, aquí y también en la Argentina, los porteros de casas de apartamentos sujetos al régimen de la propiedad horizontal, no son considerados domésticos haciendo entre el valet, la mucama, la cocina y por otro lado, el portero, una distinción que no puede explicarse ni por las nociones jurídicas, ni por razones lógicas, ni por la condición social del que presta el servicio, ni por el grado de dependencia, ni por ninguno de los demás elementos externos y secundarios que concurren en el caso de esta categoría especial del servicio doméstico". (2)

Como puede apreciarse son muchos y variados los criterios que existen sobre el tema en cuestión.

Independientemente del respeto que me merece, los criterios de Francisco De Ferrari, García Oviedo, De La Cueva y de la Jurisprudencia Italiana y Española, no están de acuerdo en considerar al portero como un trabajador doméstico.

Considero totalmente errado y carente de toda seriedad jurídica en considerar al portero como trabajador doméstico por el simple hecho de habitar en la casa del patrono como lo aseveran la doctrina italiana y el tratadista Mario De La Cueva o porque no están expresamente sujetos a la ley de limitación de la jornada de trabajo, descanso semanal etc., como lo asevera García Oviedo, lo cual es totalmente falso, en la mayoría de Códigos de trabajo se encuentran reguladas todas las condiciones de trabajo a que se encuentran sujetos los domésticos en una forma más completa y benevolente que otros.-Asimismo tales doctrinas y tratadistas no hacen la distinción entre el hecho de si el edificio se encuentra en copropiedad de las familias que lo habitan, en donde se presenta la discreción o discusión o si es propiedad de una sola persona que lo arrienda a distintas familias, caso en el cual cualquier duda es inexistente, por cuanto el propietario de tal inmueble se lucra de arrendarlo-. Por lo anterior considero más seria y llena de contenido jurídico la tesis de Francisco de Ferrari, que considera que los porteros que trabajan en edificios incorporados al régimen de la propiedad horizontal, son domésticos porque prestan sus servicios dentro de una comunidad familiar no obstante, tal consideración, me encuentro en total desacuerdo con dicha tesis por las razones siguientes:

1.-No escrito como cierto de que las labores que desarrolle un portero, sean propias de un hogar.

2.-En el presente caso dichas labores no se desarrollan en el seno de un hogar, sino que en un edificio en donde habitan un sin-número de familias.

3.-Tampoco es cierto que exista de parte del portero la dependencia e incondicionabilidad para todas las familias, como existe en forma relativa de parte del doméstico para su patrono

CASO ESPECIAL DEL JARDINERO.

Al igual que el tema del portero, el del jardinero adquiere una relevancia bastante grande, a raíz de que existen una infinidad de teorías que lo consideran como un trabajador doméstico y otras que no lo consideran como tal y por considerar de una gran importancia lo que al respecto nos dice Mario L. Deveali, transcribiré todo su artículo, para al final exponer mi punto de vista, en base a lo que al respecto nos dice nuestro Código de Trabajo.

El tratadista Mario L. Deveali, nos dice: "El caso especial del jardinero nos proporciona la ocasión para ahondar y precisar mejor los caracteres de la relación. Comencemos por recordar -- nuestro sistema legal. (Decreto ley 326/56) incluye de una manera expresa al jardinero entre sus beneficiarios y por ende también en el régimen especial de previsión de los trabajadores domésticos. Pero su mención expresa no nos dice todo. Como tampoco cuando alude a la mucama y al cocinero. Las tareas del jardinero pueden o no estar comprendidos en el sistema específico, -- según las demás circunstancias que configure la relación.

Refiriéndose a este tema en su vinculación con el derecho italiano Barassi manifiesta su opinión contraria a que la tarea del jardinero puede considerarse de carácter doméstico. En la nota agregada por Deveali a la versión castellana de la obra - del maestro italiano que mencionamos en nota se recuerda un fallo de la Cámara 2a. de Apelaciones de Santa Fe de fecha anterior (1950) a la vigencia de nuestro estatuto específico (1956). En opinión del tribunal argentino que derecho considerar al actor en el carácter de doméstico -está comprendido en el ámbito de vigencia del estatuto del peón rural, el jardinero que realizó sus tareas, aunque sean de mero ornato, en un establecimiento rural dedicado a la explotación azucarera, agrícola ganadera, y no al servicio particular del patrono del mismo en su casa o en su hogar, como es imprescindible para que pueda hablarse del servicio doméstico". Como se observa, este es uno de los tantos casos en que se discute el régimen legal aplicable, no ya por la actividad en sí misma, según se viene destacando, sino por las circunstancias "facticas" que rodean esa actividad, en cuanto a tales circunstancias han sido imputadas en la norma. La respuesta negativa de Barassi puede acaso ser válida, con respecto a determinado ordenamiento legal, y puede no serlo en otro. En el caso subexamen, el juzgador ha hecho preponderar el ámbito de validez especial del Estatuto del peón de campo, cuyo Art.lo. dispone que rigen las condiciones del trabajo rural" y es aplicable a las tareas donde se "utilicen obreros del campo o se desarrollen en medios rurales, montañas, bosques o ríos" aunque participen de características comerciales o industriales propiamente dichas" (Art.lo. decreto ley 28.169/44, ley 12.921). No pensó el legislador en aquellas características que

no son rurales- por un lado- ni comerciales o industriales- por el otro-: las personas. Con el tiempo vendría el Estatuto del Personal Doméstico, que es el que se ocuparía, en cambio, de esta última circunstancia, omitiendo- por olvido o acaso deliberadamente- las que tuvo en cuenta el Estatuto del Peón. Si - grave puede devenir el distinto encaje en uno u otro sistema según el criterio de cada juez-. Cabe suponer lo que ocurriría si del campo de la legislación del trabajo trasladamos al de la previsión social y nos encontramos con un jardinero al que después de llenar todos los requisitos de edad, servicios, se le negara, v.Gr. el derecho a la jubilación, porque... se equivocó de casa. Lo que parece claro, sin embargo es que el Estatuto del Peón de campo se refiere a tareas subordinadas realizadas en los medios rurales, por oposición a las que disciplina, por ejemplo, la ley 11,729; referidas en principio a las actividades urbanas. Pero, no obstante esa diferencia todo lo relevante que se quiera, no puede perderse de vista a menos de desubicar el planteo del problema que ambas legislaciones se refieren a actividades lucrativas. Frente a ellas, un sistema distinto, el del Estatuto Personal Doméstico, exige como condición preliminar para dirigir su propia disciplina que no exista en el empleador ánimo de lucro. Según esto, parece correcta la solución doctrinaria que atribuye carácter doméstico al jardinero que cuida un parque particular, sea en el centro de la ciudad o en el confín del país, y carácter comercial (o industrial) el que se ocupa en una industria de floricultura. En suma: tener presente si el empleador persigue o no lucro, o sea, obtener ganancia pecuniaria (y no mera comodidad) con el trabajo de su

subordinado, debe tenerse como buena regla de interpretación - aunque no la única, naturalmente-.

Acaso habría sido otra la solución de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe si hubiera existido en aquella época un instrumento legal que destacara la circunstancia anotada, tal como lo hace el actual decreto ley 326/56 (Art.lo.) más adelante volveremos con nuevos detalles respecto de las soluciones a que han arribado nuestros tribunales de justicia; y que tienden a delimitar los caracteres de esta modalidad contractual; pero antes de concluir esta parte y para mejor iluminar el tema examinado, nos detendremos todavía en el caso del jardinero, que por lo que parece ofrece más dificultades al intérprete. Pongamos por caso un trabajador encargado de cuidar los jardines de un hotel céntrico. Es visible que no se nos ocurriría aplicarle el estatuto del peón de campo, descartado lo de las zonas rurales. Tampoco intentaríamos incluirlo en el estatuto del Personal Doméstico, porque no es tarea que se preste en o para el hogar. Su correcto encuadramiento sería el sistema legal destinado genéricamente al comercio, una de cuyas especies es la industria hotelera, incluida en la ley 11,729 (obreros que realizan tareas inherentes al comercio). La idea de lucro o beneficio económico podrá aquí ser todo lo indirecto que se prefiera, pero no por ello menos real.

Un jardín bien cuidado puede valer tanto o más que la cocina mejor higiénica para atraer pasajeros. Pero hay más: el mismo sistema normativo seguiría siendo aplicable si en su lugar un hotel ubicado en el centro de Buenos Aires fuera una hostelería junto al lago Nahuel Huapi; por lo que nos interesa el

lugar donde está ubicado geográficamente el hotel o la hostelería. El estatuto del peón de campo, además de aludir que la zona rural como uno de los ingredientes básicos del sistema requiere que la tarea o la actividad sea propia del campo; debe consistir cabalmente en una tarea rural, prestada en zona rural. La industria hotelera, aunque se realice en medios rurales, no es ciertamente un trabajo rural. Cuando la ley alude a la participación de las características comerciales o industriales se refiere a las actividades agropecuarias que, en principio, tienen carácter civil (Art. 425, inc. 30; Código de Comercio), y no las actividades hoteleras. Sería absurdo que una hostelería se convirtiera en actividad agrícola o ganadera con sólo cambiar de lugar. Del mismo modo, sería ridículo pensar que el servicio prestado a una persona o familia ha dejado de ser doméstico por que la casa de habitación se encuentra en la mitad de la pampa.

El decreto 34.147/49, reglamentario del Estatuto del Peón de campo, 28169/44 rat, ley 12.921, es más un aspecto modificatorio de éste concluyó, por una parte, al personal ocupado en el servicio doméstico, pero, en cambio, consideró incluidos en sus disposiciones "además de los considerados en las tablas anexas del Estatuto," a los quinteros y jardineros que realicen en forma permanente y como labor principal tareas de índole rural, en quintas, parques y jardines privados no destinados al comercio y/o la industria (Art. inc. d).

Cabe agregar que el mismo reglamento también incluyó en su disciplina, a cuantas personas se ocupen de una manera permanente en establecimientos de campo, en tareas que están bien lejos

de ser "rurales", por su naturaleza: albañiles, pintores, carpinteros, herreros, panaderos, tractoristas, etc.

Sin embargo, por lo que toca a los quinteros, después de dictado el decreto 326/56 y la inclusión expresada esta actividad en el respectivo decreto reglamentario 7.979/56, sería difícil sostener que continuaron en vigencia las normas reglamentarias de 1949, recordadas en el párrafo anterior. Y si se admitiera otra cosa, el intérprete se vería precisado, con frecuencia a verdaderos derroches de ingenio para deslindar el ámbito de validez territorial de cada uno de los mentados ordenamientos, debido a que la clásica dicotomía "ciudad-campo" tiende a borrarse como lo apuntan los sociólogos: la ciudad penetra cada vez más en el campo y viceversa".(3)

Después de haber apuntado los distintos criterios existentes en la doctrina y jurisprudencia de diversos países veremos ahora cuál es el criterio imperante en nuestro medio. Al darnos nuestro Código de Trabajo en su artículo 11 que los trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican a la forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular que no importen lucro o negocio para el patrono, no quedan comprendidos dentro de tal categoría de trabajadores, los motoristas, jardineros, porteros, guardianes de casa o rancho en el mar, debido a que tales labores no son propias de un hogar medio y por lo tanto, hay que aplicarles las disposiciones comunes del Código de Trabajo. Lo anterior lo considero totalmente atinado, pues si fuera de otro modo, un sin fin de trabajadores como los ya mencionados serían domésticos, sin más prestaciones que las que señala el Código,

para ellos y para los patronos, podrían darles el lujo de tener motoristas, jardineros, porteros, serenos, etc. y pagarles lo que quisieran, pues en favor de los domésticos no existe el salario mínimo, asimismo nuestro legislador fue feliz al decirnos que no se considera trabajadores domésticos los que se dedican a labores propias de un hogar en empresas industriales, comerciales, sociales, etc., con lo cual viene a despejar dudas que aún existen en otras legislaciones y en donde el calificar si un trabajador es o no doméstico es un poco complicado, lo cual no ocurre en nuestro medio -en atención a lo anterior, considero que el jardinero no es un trabajador doméstico, aunque se dedique únicamente y exclusivamente a cuidar el jardín de una casa particular y mucho menos si es dueño del jardín se lucra del mismo.

Por lo anterior considero que el jardinero no es doméstico por la naturaleza de su actividad, ya que las labores que desarrollan no son propias de un hogar, en una casa de campo, en un hotel o en una propiedad urbana o rural.

BIBLIOGRAFIA

- (1) FRANCISCO DE FERRARI. Derecho del Trabajo. Tomo II. Págs. 47 a 50. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, Argentina.
- (2) FRANCISCO DE FERRARI. Obra citada.
- (3) MARIO L. DEVEALI. Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo III. Págs. 672 a 675. Ediciones La Ley, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO IX

CONTRATO DE TRABAJO Y SERVICIO DOMESTICO

En nuestro medio y en el resto del país latinoamericano - la actividad doméstica se reglamentó originalmente en los distintos Códigos Civiles, considerándosele como un Contrato Civil de arrendamiento de servicios y en nuestro país no fue sino hasta 1963 en que se decretó el primer Código de Trabajo, en que tal actividad se reguló ya por normas laborales.

A fin de reafirmar lo anteriormente apuntado, transcribiré las opiniones de algunos tratadistas los que comentaré para después señalar las tesis sustentadas por nuestro Código de Trabajo. A este respecto el maestro colombiano Guillermo Camacho Henríquez, nos dice: "Uno de los contratos que exigen reglamentación específica es el servicio doméstico; en nuestro Código existen diversas disposiciones que lo reglamentan y fue el primer contrato de Trabajo, previsto en la ley colombiana, ya que el Código Civil dedicó en un capítulo denominado Del Arrendamiento de criados domésticos. En la legislación española, este contrato se excluye por expresas disposiciones. A este respecto, Carlos García Oviedo dice lo siguiente: "a los efectos de la ley de contrato de Trabajo queda excluido el servicio doméstico - (Art.2o.), entendiéndose por tal el que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género, o sin ella y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una casa o mo

rada particular al servicio exclusivo del contratista, de su familia, o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él. No tan sólo dificultades prácticas, sino principalmente la esencia y carácter íntimos y familiares, hogareños, paternalistas y no patronales, de este trabajo, son los que lo excluyen de la legislación laboral".(1)

No participo del criterio del Derecho español en cuanto a que el servicio doméstico queda excluido de las reglamentaciones laborales, por la dificultad práctica y por la esencia y caracteres íntimos, familiares u hogareños de la actividad doméstica, aunque así considero que se trata de un contrato sujeto a un régimen especial, no porque tenga tal calidad, sino por el hecho de que esta actividad ha sido reglamentada en una forma discriminada, pues se trata de un trabajo similar a cualquiera.

Con relación a este tema el tratadista Francisco de Ferrarri nos dice: "el servicio doméstico siempre interesó al derecho de dos maneras distintas: desde el punto de vista contractual y principalmente desde el punto de vista reglamentario. Esto se debió a que esta clase de actividad tuvo, en todas las épocas, más importancia como hecho social, que como negocio jurídico.

En efecto; desde el punto de vista social tanto su existencia como su actual desaparición parcial crearon verdaderos problemas. En cambio como relación jurídica, el servicio doméstico careció en general de relevancia porque el servidor a quien no alcanzaran en general las leyes que protegen a los trabajadores, no era en realidad un centro de interés como sujeto de derecho.

Pero si el contrato que ajusta el servidor nunca interesó mayormente a la ciencia jurídica ni al legislador, el servicio

doméstico dió lugar en cambio en todos los tiempos a numerosos reglamentos dedicados a atención a la índole particular de las relaciones que establece entre las personas esta clase de actividades, dichas relaciones son íntimas y suponen como dice Calderón, la convivencia en las labores y en horas de reposo en las cuales se entrega todo hombre a la ineludible sinceridad de "gar".(2)

A raíz de lo dicho anteriormente puede en efecto desconocerse, expresa García Goyena que "esta materia, aunque de justicia bajo cierto aspecto, cae en gran parte, sino en su mayor, bajo el dominio de la policía".(3)

Reglamentos y ordenanzas como las ya mencionadas existieron en toda América desde los orígenes de la conquista española. Esta situación a que se encontraban sujetos los domésticos en cuanto a las regulaciones jurídicas que los vinculaban con los patronos se vió agravada en mi modo de pensar, en primer lugar, por la ignorancia de dichos servicios y servidores, y en segundo lugar, por la oferta exagerada que existía de esta clase de mano de obra a raíz de nuestra escasez de industrialización; pues a raíz de que ésta ha crecido y que aquéllos se han cultivado aunque es en pequeña medida, ha decrecido la oferta ya que se han convertido en obreros por lo que el legislador se ha visto obligado a crear leyes especiales que regulen tal actividad y a que regulen de la explotación, aunque sea en pequeña medida.

BIBLIOGRAFIA

- (1) GUILLERMO CAMACHO HENRIQUEZ, Derecho del Trabajo, Tomo I, Pág. 459, Edit. Temis, Bogotá, Colombia.
- (2) FRANCISCO DE FERRARI, Derecho del Trabajo, T. II, Pág. 47. Editorial DEPALMA, Buenos Aires, Argentina.
- (3) GARCIA GOYENA, Concordancia, T. III. Pág. 481.

CAPITULO X

EL CONTRATO DE TRABAJO DOMESTICO Y EL CONTRATO
DE SERVICIO DOMESTICO

Existen varios tratadistas que se resisten a incluir el servicio doméstico dentro del concepto clásico de Contrato de Trabajo y tratan de diferenciar el contrato de trabajo doméstico y el contrato de servicio doméstico.

Juan M. Pidal, sostiene que, "en el servicio doméstico se establecen un vínculo jurídico, pero tal vínculo tiene unos caracteres propios que lo aleja del típico vínculo laboral, por ahora tal como en la actualidad se desarrollan las relaciones entre ambos, amos y criados claramente entre familiares, que deben permanecer en su condición íntima borrando las condiciones propias del contrato de trabajo de profesionalidad y dependencia laboral, resultando imposible sin destruir la inviolabilidad del domicilio particular, establecer e inspeccionar la jornada de trabajo, horas extraordinarias y tantas otras disposiciones propias del Derecho Social, lo que no quiere decir que al excluir el servicio doméstico del ámbito del derecho social, lo sea sólo debido a dificultades prácticas que su regulación pueda presentar, sino por su esencia y caracteres íntimos, familiares, domiciliarios y hogareños de carácter paternalista, y no patronales y de ayuda y no para obtener ganancias y de lucro, y en fin profundamente humanos y debido a la formación cristiana de las familias, en una convivencia efectiva, ordenada mas de forma reverencial que disciplinaria entre ascendientes, descendientes y servidores".(1)

El tratadista Guillermo Cabanellas de Torres, también es partidario de la tesis anterior anotando "que la diferencia - existente entre el contrato de trabajo doméstico y el contrato de servicio doméstico, estriba sobre la base de ciertas características comunes, en la vida familiar donde convive el doméstico, fuera de la cual se encuentra el trabajador doméstico".

Dentro de esta corriente de opiniones, ha declarado el - tribunal de Trabajo de La Plata, "que cuando las tareas de tipo doméstico del personal de servicio son utilizadas por el patrón con el fin de lucro, la vinculación de las partes no puede calificarse de "servicio doméstico" sino como contrato de - trabajo doméstico, en este caso el trabajador no se halla excluido de los beneficios de las leyes laborales de que está - normalmente privado el sirviente doméstico".(2)

Otro tratadista sostenedor de esta tesis es Desemo quien dice: "que en el contrato de servicio doméstico, las partes - no se sitúan en posiciones autogénicas ni son sus intereses económicos opuestos pues las prestaciones se realizan en el seno del hogar y en beneficio de éste. Cuando se habla de una relación de servicios domésticos se intenta plantear una situación derivada de una prestación de servicio sin absoluto carácter laboral en la cual el profesionalismo se diluye, por esa - causa, el servicio doméstico se excluye generalmente de los - convenios colectivos de condiciones de trabajo, dada la situación especial de las partes".(3)

La Ley Federal del Trabajo de México formula una distinción neta entre servicio doméstico y contrato de servicio do-

méstico como "el trabajador de uno u otro pero que desempeña habitualmente las labores de aseo, asistencia y demás servicio interior de una cosa u otra, lugar de residencia o habitación". El mismo artículo aclara "que no se aplicarán las disposiciones especiales para el trabajo de los domésticos, sino las del contrato en general, a los domésticos que trabajan en hoteles, fondas, hospitales y otros establecimientos análogos".

Es así como el Art.331 de dicha ley, nos dice: "trabajadores domésticos son los que prestan servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia". El siguiente artículo o sea el 332 nos dice: "no son trabajadores domésticos y en consecuencia quedan sujetos a las disposiciones generales o particulares de esta ley:

1.- Las personas que prestan servicios de aseo, asistencia, atención de clientes y otros semejantes, en hoteles, casas de asistencia, restaurantes, fondas, bares, hospitales, sanatorios, colegios y otros establecimientos análogos, y

2.- Los porteros y veladores de los establecimientos señalados en la fracción anterior y los de edificios departamentales y oficinas".(4)

Por el contrario, el tratadista Guillermo Lascano no acepta tal distinción calificando el contrato de servicio doméstico como un contrato especial dentro del tipo general de los contratos de trabajo y nos dice: "trátase de un contrato consensual y sinalagmático no formal pero que se perfecciona con la simple voluntad de las partes, crea obligaciones a cargo de ambos y no requiere la observancia de ambos ("adsolemnitaten"), entendemos asimismo, que siendo sus principales características

la prestación de un servicio personal con relación de dependencias, debe calificarse como un contrato especial de tipo general de los contratos de trabajo".(5)

Dentro de las críticas que podemos hacerle a los tratadistas anteriormente mencionados, excepto a Guillermo Lascano, - quien sustenta una tesis con la cual estoy de acuerdo, se encuentran las siguientes:

1.- Es cierto que el vínculo jurídico que une al patrono con el trabajador doméstico, posee caracteres propios que hacen de esta clase de contrato, un contrato de trabajo, pero de naturaleza especial, tal como lo apunta Lascano, pero no que tales caracteres lo alejen del típico vínculo laboral.

2.- No es cierto que por el simple hecho de que las labores de esta clase de trabajadores se desarrollan en la intimidad del hogar, se borren las características de personalidad y de dependencia laboral del contrato de trabajo que los vincula, por cuanto esta clase de trabajadores se perfeccionan y por lo tanto se profesionalizan en desarrollar las labores propias de un hogar y en cuanto a la dependencia laboral, ésta subsiste ya que el trabajador debe obediencia y respeto al patrono y demás componentes del grupo familiar y por lo tanto se encuentra sujeto a todas las obligaciones y prohibiciones que le impone el Código de Trabajo.

3.- También es totalmente falso que resulte imposible, sin destruir la inviolabilidad del domicilio particular, establecer e inspeccionar la jornada de trabajo, horas extras y otros ya que dentro de las atribuciones del Inspector General de Trabajo, se encuentra la de realizar, por intermedio de sus colabo-

radores, las inspecciones a los antes mencionados centros de trabajo que considere conveniente o a petición de parte interesada.

4.- Tampoco estoy de acuerdo con que se excluya el servicio doméstico del Derecho social por los caracteres íntimos, familiares, hogareños y paternalistas que dicen dichos tratadistas presentan, ya que tales caracteres los tenía en el pasado, en donde el amo fue primeramente dueño de su vida, luego de sus bienes hasta llegar a nuestros días en donde el servidor doméstico es un trabajador como cualquier otro.

5.- Por el hecho de que sus servicios no den lucro, no significa que el vínculo que une al trabajador con el patrono no sea de tipo laboral, lo que ocurre que por tal circunstancia y otras ya analizadas, el contrato que los une es laboral pero de naturaleza especial.

6.- Ya Desemo que varía en su postura de los demás, a quienes en forma general les he hecho las críticas anteriormente -apuntadas podemos hacerle la crítica siguiente: este tratadista nos dice: que en el contrato de servicio doméstico las partes no se sitúan en posiciones antagónicas, ni son sus intereses económicos opuestos, pues las prestaciones se realizan en el seno del hogar y en beneficio de éste; tal posición la considero errada por cuanto en ninguna de esta clase de contratos las partes se sitúan en posiciones antagónicas, ya que este antagonismo puede surgir en el transcurso de la relación laboral incluso en el caso del doméstico, por incumplir cualquiera de las partes con sus obligaciones- asimismo dicho tratadista tra-

ta de justificar su tesis al decirnos que la relación de servicio doméstico carece de carácter laboral, por el hecho de que generalmente se encuentra excluido de los convenios colectivos en condiciones de trabajo.

POSICION DE NUESTRO CODIGO

Hemos visto que la mayor parte de tratadistas sostienen que celebran contrato de servicio doméstico, el patrono y el trabajador para desarrollar labores propias de un hogar en el seno del mismo y celebran contrato de trabajo doméstico, "el patrono y el trabajador para desarrollar labores propias de un hogar, en empresas industriales, comerciales, sociales, etc., que produzcan lucro o beneficio económico para el empleador".

Tal distribución para nosotros posee únicamente una importancia doctrinaria mas no legal.

Nuestro Código de Trabajo en el Art.77 inc. lo. nos define a los trabajadores del servicio doméstico así: "trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular que no importen lucro o negocio para el patrono".

Como se desprende de tal concepto únicamente a los trabajadores que reúnen tales requisitos se les considera domésticos.

Dije anteriormente que la distribución hecha por los tratadistas sobre el tema en estudio, para nuestro Código de Trabajo no tiene razón de ser, por cuanto el inc. 3o. de la disposición legal anteriormente citada nos dice "no se consideran -

trabajadores del servicio doméstico y estarán sometidos a las normas generales de este Código, los que se dediquen a esas labores en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables".

Considero que fue más simplista nuestro legislador al decirnos quienes celebran contrato de servicio doméstico y quienes celebran contrato regido por las disposiciones comunes del Código de Trabajo; asimismo nuestro legislador fue feliz la disposición legal en comento por el simple hecho de que no cayó en el error de otros Códigos de decirnos que los que trabajan en hospitales, bares, fondas, hospitales, etc. celebran contrato de trabajo doméstico, "ya que el que enumera, siempre deja centros de trabajo por fuera, que tanto mal ocasiona, por cuanto los jueces a su capricho resuelven los distintos casos que se les plantean.

BIBLIOGRAFIA

- (1) JUAN M. RIDAL, Derecho Social Español. Vol. I. Pág. 80.
- (2) GUILLERMO CABANELLAS, Revista de Derecho del Trabajo.
- (3) DESEMO, II Contrato Diavoro doméstico Nelltratatto de Bosie Pergolesi.
- (4) Ley Federal del Trabajo Mexicano.
- (5) GUILLERMO LASCANO, El contrato de trabajo de servicio doméstico, en Rev. y Derecho del Trabajo, Pág. 118, 1949, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO XI

EL SERVICIO DOMESTICO ES UN CONTRATO DE TRABAJO

A.-ASPECTO DOCTRINARIO.

Existen infinidad de tratadistas que se resisten a incluir el contrato de servicio doméstico dentro del concepto general del contrato individual de trabajo y con el objeto de dilucidar tal problema, expondrá el criterio de algunos tratadistas que le otorgan al servicio doméstico la calidad de un contrato individual de trabajo, el de los que le niegan tal calidad y por último, el criterio que al respecto tiene nuestro Código de Trabajo.

Como vimos anteriormente el tratadista GUILLERMO LASCAÑO "califica de contrato de servicio doméstico como un contrato especial dentro del tipo general de los contratos de trabajo, tratase de un contrato consensual y sinalagmático, no formal, pues que se perfecciona por la simple voluntad de las partes, crea obligaciones a cargo de ambas y no requiere la observancia de formas adsolemnitatem; entendemos asimismo que siendo sus principales características la prestación de un servicio personal con relación de un servicio de dependencia, debe calificarse como un contrato especial dentro del tipo general, de los contratos de trabajo -insiste en que el hecho fundamental a tener en cuenta en este contrato es que la prestación debe hacerse en los hogares sitios que suplan a éstos, ya que ello se refiere de los sujetos naturales de este contrato son aquéllos que se dedican a colocar su trabajo personal- a cambio de paga en di-

nero, en especie o mixta- para la satisfacción de las necesidades personales del empleados o de sus familiares, que se relacionan con la vida ordinaria de éstos".(1)

Estoy de acuerdo con el criterio del tratadista antes referido, en el sentido de que le otorga al servicio doméstico, la calidad de un contrato de trabajo, pero de naturaleza especial. Agrega que este tipo de contrato no es formal, pues se perfecciona por la simple voluntad de las partes, con lo cual no estoy de acuerdo totalmente, pues puede carecer o no de formalidades, ya que según nuestro Código de trabajo este tipo de contrato es de los que puede celebrarse verbalmente de acuerdo al Art.76 C. de T., pero en este caso, el patrono está obligado a extenderle al trabajador una constancia escrita en papel común y firmada por el patrono, en la cual se exprese: el nombre y apellido de ambos, el tiempo de servicio, el salario y fecha de expedición del documento, tal como lo establece el artículo ya mencionado. Asimismo coincido con dicho tratadista en que la prestación del servicio debe hacerse en el hogar o sitio que su pla a éste del patrono, mas no con que dicho hecho sea la característica principal del contrato, pues los elementos de éste son esenciales para que se tipifique, como lo vemos en su oportunidad.

Para el tratadista Julio C.Rojas, no se trata de un contrato especial, sino de una especie del contrato de trabajo, por las razones siguientes:

"1.- Entendemos por contrato de trabajo el acuerdo según el cual una persona se obliga a prestar su servicio o a ejecutar un trabajo por cuenta de otra y mediante una remuneración,

cualquiera sea el carácter jurídico del empleador. Destaco que esta noación implica dos situaciones distintas, la primera es estática el acuerdo o contrato propiamente dicho, la segunda es dinámica la relación laboral mejor llamada.

Por otra parte aclaramos que las dificultades originadas en el convencimiento de que las normas del Derecho del Trabajo deben aplicarse, se evitan cuando la ley determina las características que deben revestir una actividad para que sus disposiciones sean de aplicación.

2.- Si se ha tipificado el contrato laboral con el elemento de la subordinación jurídica, amalgamada también por cierta subordinación económica que existe siempre en el hecho, cuando se horada en la periferia, y de notar que tal subordinación en este contrato laboral del servicio doméstico.

En efecto, se observa una más rigurosa relación de dependencia entre el doméstico y su empleador que la existe en otro trabajo. Ello ocurre porque aquí el sirviente está en contacto personal continuo y en permanente convivencia en contacto personal con su patrono, quien le va indicando a veces parcialmente las prestaciones singulares de cada día o se las determina previamente con estricto rigorismo, con más razón porque la ejecución de este contrato abarca una serie de labores variables e indeterminadas.

3.- Caracterizando a este contrato la falta de lucro en el empleador, cabe añadir que tal ausencia de lucro no es un elemento esencial del contrato de trabajo; lógico es pensar que en el trabajo industrial, comercial, agrícola, tal elemento de lucro o especulación, es la razón de ser del establecimiento orga-

nizado por el patrono hasta tal punto que esta lucración es la diferencia existente entre su capital invertido, mas la mano de obra del dependiente y el mayor precio que obtiene del tercero minorista o su sumidor. Pero ya se ha superado actualmente tan restrictivo concepto y así las leyes modernas nacionales y extranjeras cobijan bajo su ámbito a muchos trabajadores cuyos empleadores no persiguen fines de lucro, con la sola condición de que presten su actividad personal en beneficio de quienes no provengan de una especulación económica sino que reduce en la satisfacción de necesidades personales o familiares".(2)

B.-ASPECTO LEGAL.

Para poder determinar de acuerdo a nuestro Código de Trabajo si el contrato de servicio doméstico es un contrato de trabajo o no, transcribiré el concepto del contrato individual de trabajo que nos dá el Artículo 17 del Instituto legal antes mencionado que a la letra dice lo siguiente: "Contrato individual de Trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquel por virtud del cual una o varias personas, instituciones, entidades o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario se obligan a ejecutar una obra.

Quien presta el servicio o ejecuta la obra se denomina trabajador; quien lo recibe y remunere, patrono.

No pierde su naturaleza el contrato de trabajo, aunque se preste o se involucre o en consecuencia con otro u otros, como los de sociedad, arrendamiento de talleres, vehículos, secciones o depdnencias de una empresa, u otros contratos innominados y, en consecuencia, les son aplicables a todos ellos las -

normas de este Código, siempre que una de las partes tenga las características del trabajador. En tales casos, la participación pecuniaria que éste reciba es salario; y si esa participación no se pudiere determinar, se aplicarán las reglas del Art.415".

Para comprender mejor el artículo ya citado, transcribiré el Art.45 del Código de Trabajo, que nos señala las reglas para determinar el salario cuando éste no se encuentre determinado - y que la letra nos dice lo siguiente: "Cuando en el contrato escrito se omitieren alguno o algunos de los requisitos mencionados en el Art.23, relativos a condiciones de trabajo y salvo que el trabajador probare mejores condiciones, se entenderán incorporadas en el contrato las que resulten de la aplicación de una de las reglas siguientes:

1a.) Se estimará que las condiciones en que el trabajador prestare o haya prestado sus servicios, no podrán ser inferiores a aquellas que rigen en la empresa para los trabajadores que desempeñan igual o similar trabajo;

2a.) Si en la empresa no hubiere trabajadores que desempeñen tareas iguales o similares con las que puedan equipararse a aquellas que se desempeñan el trabajador, se entenderán pactadas las mejores condiciones vigentes para los trabajadores que prestan servicio de igual índole, en otra empresa que tenga el patrono en el mismo departamento de la República;

3a.) En cualquier caso, se entenderán pactadas las mejores condiciones que prevalecieren en el indicado departamento, para trabajadores del mismo ramo y de la misma clase de labor.

Las anteriores reglas se aplican también para determinar las condiciones de trabajo en los contratos que la ley permite

celebrar verbalmente, salvo que el trabajador probare mejores condiciones".

Ahora bien nuestro Código de Trabajo en el capítulo referente al trabajo doméstico, no nos proporciona una definición de lo que es el contrato del servicio doméstico, sino a quienes se considera como tal, y es así como el Art.77 de dicho instituto legal dice lo siguiente: "trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar y de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importe lucro o negocio para el patrono.

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

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

Del concepto del Artículo 17 da sobre lo que legalmente debe entenderse por contrato individual de trabajo y del que proporciona el Art.77 sobre quienes deben ser considerados como trabajadores domésticos, se llega a la conclusión de que el contrato de servicio doméstico, es un contrato de trabajo, pero de una naturaleza especial, al igual que lo son los contratos de trabajo agropecuario y a domicilio, por las razones siguientes:

1o.- El Artículo 17 del Código de Trabajo nos dice que contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación

es aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, en cambio, el Art.77 nos dice que trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular y no a ejecutar una obra.

2o.- El ya referido Art.17 nos dice que por virtud del contrato individual de trabajo una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio; en cambio de la definición del trabajador doméstico que nos proporciona el Art.7 del Código de Trabajo, aparece que el que presta el servicio solamente es una persona, en cada relación laboral, aunque dentro del mismo hogar varios domésticos, que estarán vinculados a sus patronos con relaciones laborales distintas.

3o.- El Art.17 del Código de Trabajo nos dice que la ejecución de la obra o prestación del servicio, se puede realizar a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad; en cambio, las labores que presta el trabajador doméstico son para un solo patrono y quien forzosamente debe ser una persona natural porque la relación laboral que lo une es una, aunque el hogar esté constituido por los esposos, hijos, y demás personas que habitualmente residen en dicho hogar.

De la definición que de trabajadores del servicio doméstico nos proporciona el Art.77 del Código de Trabajo, podemos señalar que como caracteres especiales de este tipo de contrato los siguientes:

1o.- Que las labores que presta dicho trabajador, sean propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular del patrono.

2o.- Que dichas labores propias de un hogar el trabajador doméstico preste en una forma habitual y continua, pues las labores que realice de tipo diferente a las señaladas primeramente, no hacen que pierda la naturaleza dicho contrato, tal sería el caso de que una patrona de vez en cuando le pida a su trabajadora doméstica que le cuide la tienda que posee para poder cumplir con ciertos compromisos que tenga.

3o.- Que los servicios que el trabajador doméstico le presta al patrono, no importen lucro para éste, ya que si dichos servicios le proporcionan lucro, el trabajador por las disposiciones generales de este Código y es así como el Art.77, inciso 3o. dice: "No se consideran trabajadores del servicio doméstico ni estarán sometidos a las reglas generales de este Código, los que se dediquen a esas labores de empresas industriales, comerciales, y demás equiparables"; tal principio tiene su fundamento en el Art.189 de la Constitución Política que en la parte final dice: "quienes presten servicios de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos".

Virtudes que encuentro en la definición que nuestro legislador dió de los trabajadores del servicio doméstico en el Artículo 77 del Código de Trabajo:

Que dijo que estos trabajadores son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, sin enumerar dichas labores pues al enumerarlas hubiere dejado muchas de ellas por fuera, como lo hizo el Código de Trabajo Chileno -

en su Art.61 que dice: "Son empleados domésticos las personas que se dedican en forma continua y sólo para un patrón a trabajos propios del servicio de un hogar, tales como los choferes, llaveros, sirvientes de mano, cocineros, niñeras, etc."

Críticas que podríamos hacerle a la definición que de trabajadores del servicio doméstico nos da el Art.77 del Código de Trabajo:

1o.- No señala cuáles son las labores propias de un hogar ya que estas labores varían si se trata de hogares pertenecientes a personas de escasos recursos, medianos o de ingresos altos; pues en el primer caso en dicho hogar no se necesitan como en el último, de servidores que presten servicio de vigilancia, de jardineros, de choferes, de guardaespaldas, etc.

2o.-Debió haber dejado establecido claramente si los trabajadores que desempeñan labores propias de un hogar en instituciones o entidades de beneficencia, son trabajadores del servicio doméstico o no, pues en tal caso el patrono no percibe lucro, pero por otro lado dichas labores no se desarrollan en un hogar u otro sitio de residencia particular del patrono, aunque para mí en este caso dichos trabajadores deben ser protegidos por las disposiciones generales de este Código, ya que de la lectura del Artículo 77 se deduce que los patronos de trabajadores domésticos deben ser personas naturales, pues son las únicas que poseen hogar y no las jurídicas, como el caso de la entidad benéfica.

3o.- Y como última crítica que se le puede hacer no al concepto del trabajador del servicio doméstico, sino que al Código en general por tener relación con dichos trabajadores es, a los

establecidos en el Art.415 en su inciso final, que a la letra dice: "las anteriores reglas se aplican también para determinar las condiciones de trabajo en los contratos que la ley permite celebrar verbalmente, salvo que el trabajador probare mejores condiciones" y sabiendo que los únicos contratos que la ley permite celebrar verbalmente son el agropecuario y el doméstico, a quienes no se les aplica las reglas del Art.415 del C.de T. por cuanto en las mismas se refiere a patrones que posean empresas en uno o en varios departamentos y ya vimos que los patrones de los trabajadores domésticos únicamente pueden ser personas naturales.

Después de haber analizado el ya referido Artículo 77 de nuestro Código de Trabajo que nos define a los trabajadores del servicio doméstico, es curioso observar que dos trabajadores iguales, idénticos incluso en su prestación, pueden ser calificados de distinta forma en razón del lugar en donde se ejecuta o al sujeto en beneficio del cual se presta, de tal forma que la naturaleza jurídica de este contrato no se determina por la prestación en sí de los servicios.

En sentido contrario se ha resuelto que el hecho de que el trabajador de servicio doméstico realice alguna tarea ajena a dicha profesión como se es el colaborar en el pequeño negocio del patrono no le quita el carácter de servicio doméstico a su ocupación.

Como lo dejamos expuesto anteriormente que para el doctor Julio C.Rojas lo que caracteriza al servicio doméstico es la comunidad familiar, pero utilizando dicho término "comunidad familiar" para distinguir entre la familia estrictamente consi

derada y el concepto de familiares, integrado por todas las personas que viven en familia. En ésta, y formado por parte de la comunidad familiar, pueden vivir personas extrañas a la misma, no ligadas por vínculos de parentesco; y sin embargo, constituyen parte de esa comunidad. Si son dos matrimonios que ocupan un mismo alojamiento y viven en comunidad familiar, con un doméstico a su servicio, no por eso tal contrato sería de trabajo. Por el contrario un matrimonio puede tomar dos o más huéspedes y requerir los servicios domésticos de un trabajador, cuyas prestaciones tendrán carácter laboral e integrarán una relación contractual. En forma reiterada y práctica los tribunales argentinos han considerado la exigencia para caracterizar jurídicamente al servicio doméstico, de que la realización de las tareas se verifique al servicio de un dueño de casa en nuestras menesteres propios de su hogar, morada particular o sitios que la suplan, para la satisfacción de sus necesidades personales o la de sus familiares y no de las actividades de índole lucrativa que pudiere desarrollar. Mejor ha sido caracterizado el trabajador doméstico como aquel cuya actividad está principalmente dirigida y relacionada con la casa, o sea propiamente el hogar, lo cual califica y define su calidad de servidor doméstico.

El servicio doméstico puede tener manualmente un carácter así como un carácter intelectual; en el primero están incluidos cocineros, camareros, jardineros, choferes de autos particulares, etc. La distinción en el segundo, ayas, preceptores, damas de compañía, institutrices, etc., la distinción no revela la in

portancia por el hecho de tratarse de servicios prestados con carácter manual o intelectual; la naturaleza de los mismos no influye sobre la del vínculo jurídico, que no dejará de ser de orden civil si la prestación se hace en beneficio de un dueño de casa; mas tendrá carácter laboral si se prestan en el interés económico para la parte que los recibe.

En cuanto al caso específico del jardinero, cuando transcribí el criterio que al respecto tiene Mario Deveali, dije que tal clase de trabajadores no son domésticos, sino comunes, por cuanto tal clase de actividad no son de aquellas propias de un hogar; tal criterio lo postergo independientemente que el patrono del jardinero de una casa particular, se lucre o no con el jardín.

Situación más difícil y confusa se produce en relación a los casos en que existe una prestación de servicios mixta, esto es, el por demás frecuente de que el dueño de casa sea a su vez empresario, siendo el hogar al mismo tiempo taller y comercio.

Julio C. Rojas analizando lo difícil de determinar los casos dice: "El casuismo en esta materia llega a situaciones verdaderamente sorprendentes. La distinción entre empleados domésticos y quien prestando los mismos o iguales servicios parece escapar a veces de dicha calificación se logra teniendo en cuenta el fin perseguido por una de las partes, aún cuando el mismo sea ajeno por completo para el que presta los servicios. Es tomando el fin perseguido que puede caracterizarse bien el contrato de servicio doméstico concebido como aquel que se pres

ta en virtud de una dependencia individual y directa, establecida con la finalidad de satisfacer necesidades personales de quienes lo requieren o de sus familiares y relativas a las actividades de la vida ordinaria de los beneficiarios".(3)

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Algunas sentencias de los tribunales argentinos al respecto nos dicen: "Se ha declarado que no deben ser considerados como de servicio doméstico las tareas realizadas si surge de la prueba aportada que las mismas se realizan en un departamento consultorio que se alquila con sus comodidades a otros médicos y no era residencia familiar u hogar, estando además, dicha tarea ajustada a la protección del demandado".(4)

"No perteneciendo tampoco al servicio doméstico el personal de un establecimiento en que alquilan habitaciones amuebladas con servicio de limpieza a cargo del locador".(5)

"Tampoco es servidor doméstico el que se desempeña en un club dependiendo de una organización o empresa de recreo, puesto que, entre los beneficiarios y el personal, no se establece una relación individual y directa característica de este tipo de prestaciones".(6)

"Ni lo es tampoco el prestado en una asociación deportiva, que si bien es una asociación civil de carácter privado, está destinada a realizar actos deportivos de carácter público".(7)

BIBLIOGRAFIA

(1) GUILLERMO LASCANO,

El Contrato de Trabajo de servicio doméstico en rev. y Derecho del trabajo, Pág. 118, 1949, Buenos Aires, Argentina.

- (2) JULIO C.ROJAS, El servicio doméstico su Régimen Jurídico.Pág.110 y 111, Editorial Nueva América, Buenos Aires, Argentina.
- (3) JULIO C.ROJAS, Obra citada en número anteriores.
- (4) Sentencia del 23 de mayo de 1948 de la Cam.de Ap.del Trabajo, cap. Fdral.Sala III, en "Fallos del Trabajo". T III, Pág.269.
- (5) Sentencia del 29 de Oct.de 1948, de la Cam.de Ap.del Trab.cap.Sala IV, rev. "La Ley", T.52, Pág.734.
- (6) Sentencia del 8 de Sep. de 1945, de la Cam.de Ap.del Trab.,cap.Fed.Sala II, en rev. "Derecho del Trabajo" T.V. Pág.504 y La Ley, T. 40, Pág.61.
- (7) Sentencia del 29 de abril, de 1950, del Tribunal de Trabajo de San Nicolás, en rev. "GACETA DEL TRABAJO, T. 13, Pág.147.

CAPITULO XII

ELEMENTOS Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SERVICIO
DOMESTICO

CARACTERISTICAS ESENCIALES

De acuerdo a la opinión de Juan D. Ramírez Gronda, las notas típicas de la relación derivada del servicio doméstico serían las siguientes:

"a) Las tareas se realizan precisamente en relación al hogar. Se puede tratar de trabajos físicos o manuales, en forma preponderante (lavaplatos, cocineros, recamareras) o intelectualmente (amas de llave, receptor), inherentes a la persona del empleado (dueño o patrono, Jefe de familia) o a sus familiares - (existensibles a los invitados).

b) El servicio doméstico presume la convivencia en el ámbito familiar. Ramírez Gronda advierte, siguiendo a Barassi, que la convivencia no es, sin embargo, exclusiva de la vida familiar pues se puede dar en otros ámbitos, cuarteles, pensiones, colegios, conventos, asilos, ciertas cárceles, etc.

c) La convivencia no presume necesariamente lo doméstico, pues pueden existir "empresas familiares".

d) El trabajo doméstico, no puede confundirse con el trabajo "a domicilio".

e) Es elemento esencial la falta de lucro.

f) En toda relación de trabajo doméstico, la "benevolencia" y "la confianza", constituyen notas permanentes.

A las notas anteriores, básicamente de admisible acuerdo a nuestro Código, podría agregarse que los trabajadores domésticos no tienen derecho a la estabilidad en el empleo ya que de acuerdo a lo dispuesto en el Art.343 el patrón podría dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio y en cualquier tiempo, sin expresión de causa, pagando las indemnizaciones previstas en el Art.50".(1)

CRITICAS Y COMENTARIOS A LA TESIS DE JUAN D. RAMIREZ
GONDRA, EN BASE A NUESTRO CÓDIGO DE TRABAJO

1.- Para que la relación doméstica sea considerada como tal, es preciso que las tareas que se realizan, sean de aquellas propias de un hogar, sin subdividir las mismas, en trabajos físicos y en trabajos intelectuales.

2.- Estoy en un tanto en desacuerdo con dicho tratadista la manifestar que el servicio doméstico presume la convivencia en el ámbito familiar, a raíz de que sus labores las tiene que desarrollar en el mismo, mas no con que debe convivir con los patronos; pero estoy en total desacuerdo cuando nos dice "que la comunidad o convivencia no es, sin embargo exclusiva de la vida familiar pues se puede dar en otros ámbitos como cuarteles, pensiones, colegios, etc." y es así como nuestro Código de Trabajo en el inc.3o. del Art.77 nos dice: "No se consideran trabajadores del servicio doméstico, y esos estarán sometidos a las normas generales de este Código, los que se dediquen a esas labores en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables".

3.- La disposición legal anteriormente transcrita, le resta validez a lo que el tratadista llama "empresas familiares".

4.- La característica mencionada por Ramírez Gondra sobre el hecho de que el trabajo doméstico no debe confundirse con el trabajo a domicilio, las considero totalmente fuera de discusión, pues considero que se trata de dos tipos de relaciones laborales totalmente diferentes; y en cuanto a que el lucro es una nota típica sí estoy de acuerdo con ello mas no lo comento aquí por haberse tratado ampliamente en su oportunidad.

5.- Estoy totalmente de acuerdo con dicho tratadista en el hecho de que la benevolencia y la confianza constituyen notas características de la relación de trabajo doméstico, mas no con que sean exclusivas de la misma pues la benevolencia de parte del patrono hacia el trabajador debe existir en cualquier tipo de relación laboral y en cuanto a la confianza personal puedo decir que se presume su existencia en infinidad de actividades que desde luego se encuentran fuera de lo doméstico; y

6.- Dicho tratadista se contradice al decir por un lado que los trabajadores domésticos no tienen estabilidad en el empleo y por el otro nos dice que el patrono podría dar por terminada la relación de trabajo sin responsabilidad dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio, lo cual significa que pasado dicho término el trabajador goza de estabilidad.

Tal situación se encuentra contemplada en nuestro Código de Trabajo, de manera similar y es así como el Art.82 nos dice: "En el trabajo doméstico los primeros treinta días se conside-

ran de prueba y dentro de este término cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato sin responsabilidad".- Una vez transcurrido el plazo señalado en la disposición legal anteriormente transcrita el trabajador doméstico adquiere el derecho a la estabilidad en el trabajo al igual que cualquier otro trabajador, no obstante ello, dicha estabilidad es relativa pues el patrono puede dar por terminada la relación laboral promoviendo el correspondiente juicio o por medio del despido de hecho, invocando en caso de ser demandado, cualquiera de las causales aplicables del Art.50, o las establecidas del Art.83, ambas del Código de Trabajo.

Para los tratadistas Luis Alcala Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres, los caracteres del servicio doméstico son:

"a) La convivencia;

b) La continuidad; carente de horario, ya que desde la mañana a la noche suele estar el doméstico a las órdenes del dueño de casa, con pequeños intervalos y ciertas salidas;

c) Predominio de la prestación femenina, y dentro de ella de las solteras jóvenes;

d) Donde existen razas, desempeño de las menos apreciadas, como los negros en los Estados Unidos y los indígenas en las colonias;

e) Variación e indeterminación en las tareas, singularmente en los domésticos que se toman "para todo servicio", a diferencia de los especializados (un portero) o calificados (un chofer de carro particular);

f) La no persecución de lucro por el dueño de casa.

Todas estas notas, sin desconocer evoluciones en ciertos aspectos, están proclamando la singularidad del nexo entre las partes y la escasa tipicidad laboral del contrato. Esto se refuerza porque el servicio doméstico predomina la independencia familiar sobre una genuina subordinación al patrono. Además falta el interés especulativo que debe existir entre lo pagado por el patrono en razón del trabajo y lo producido por la venta o especulación efectiva sobre éste. El patrono se caracteriza por esa especulación; cuando utiliza habitualmente el trabajo ajeno en su propio beneficio, o en el de su familia sin deseo o ánimo de lucro, aunque sí con el de aprovechamiento, desaparece todo vínculo laboral; por lo menos que haga aplicable la legislación al trabajo.

El servicio doméstico podría ser considerado no como un contrato de trabajo, en el sentido de aplicarle las normas propias de esta figura, sino como un contrato de naturaleza especial, que salga de las ya rebasadas concepciones puramente civilistas y sea un engrace entre el viejo contrato de locación de servicio y el moderno contrato de trabajo. Así ha sido regulado en varias legislaciones, que lo abordan en forma especial, teniendo en cuenta para ello, sin duda, los factores que hacen del contrato de servicio doméstico uno de aquellos caracterizados por más frágiles intereses y por más graves consecuencias, por causa del contacto tan personal y directo que existe entre quien presta el servicio y quien lo recibe".(2)

ELEMENTOS Y CARACTERES.

Como elementos naturales, sino esenciales, las notas pecu

liares de la relación del servicio doméstico y sus caracteres son, a juicio de Litala:

"a) La convicencia: en la ejecución del contrato doméstico se da casi siempre la del trabajador con el dador de trabajo;

b) La continuidad: la relación de servicio doméstico se desarrolla con prestación de obra continua, sin interrupción, pues el trabajador debe estar siempre a disposición del dador de trabajo, para ejecutar sus órdenes;

c) Otra característica del contrato de servicio doméstico consiste en el hecho de que el vínculo de subordinación y la obligación de disciplina, insertos en todo contrato de trabajo, son tanto más rigurosos para el trabajador que en los otros contratos entre las partes, y tanto más cuando mayor diferencia social existe entre ellas.

d) Otro aspecto peculiar procede de que el trabajo se preste normalmente con variación o indeterminación, especialmente por los domésticos que se toman para todo servicio, a diferencia de los domésticos especializados o calificados".(3)

De acuerdo con la Ley Española de contrato de Trabajo, los requisitos para que sea considerado el trabajo como servicio doméstico son:

a) Que sea contratado por el dueño de casa;

b) Que no persiga fin de lucro alguno;

c) Que lo sea al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del dueño de casa o fuera de él. Tales requisitos como con acierto sostiene el autor, deben darse en su totalidad, es decir, que en el asalariado doméstico han de concurrir todos ellos conjun-

tamente no siendo suficiente que en él se dé alguno. Otros requisitos se han establecido, que no juzgamos esenciales.

Para Julio C. Rojas, las características del servicio doméstico, son las siguientes:

"a) La no persecución de lucro por el dueño de casa, ya que la realización de trabajo tiene, como única finalidad, satisfacer necesidades privadas del mismo o de su familia;

b) Beneficiarse de la labor prestada al amo de casa o su familia únicamente;

c) Realizarse el trabajo o desarrollarse la función generalmente, en la morada del amo y al servicio exclusivo de él o de su familia, pero nunca en una instalación industrial;

d) Caracterizarse las relaciones habidas entre amo y criado de comunidad de vida, no existiendo entre ambos una relación típicamente laboral, sino patriarcal, que llega a constituir al criado como prolongación de la familia, circunstancia típica y de honra raigambre en la antigua familia;

e) La no determinación "apriori", en la generalidad de los casos, de las funciones a realizar por el criado, salvo en aquellas supuestas (ayuda de cámara, cocineros, etc.) en que la prestación del servicio está fundamentalmente basada en ciertos acontecimientos profesionales del servicio".

Podemos resumir dice Julio C. Rojas, los requisitos o notas características del contrato de servicio doméstico en dos:

"a) Que el trabajo prestado lo sea en ambiente familiar y en el cuidado o atención de las personas de la familia o que con ésta convivan sin fines de lucro;

b) Que sea prestado sin que del mismo obtenga el locador un resultado lucrativo. También como lo hace el doctor Rojas, en esta obra, estimamos que los principales caracteres del contrato surgen de la naturaleza de las funciones y de la calidad de los sujetos, los que desenvuelve con argumentos de primera mano que estructuran una teoría completa en torno a la naturaleza jurídica de este contrato.

Las zonas grises entre lo que es servicio doméstico y otras prestaciones son por demás frecuentes. Se ha llegado a restringir el servicio doméstico a la prestación de atenciones en el interior de la vida familiar. También se pretende confundir y asimilar la idea del servicio doméstico con el de quienes prestan su trabajo manual en el interior del hogar, cuando hay casos de servidores domésticos que realizan una prestación que no es de carácter manual.

Las llamadas "señoras de compañía", los preceptores o maestros acompañantes, las amas de llaves o administradoras no prestan servicios de carácter manual, y sin embargo, son servidores domésticos.

En el contrato de servicio doméstico la convivencia de las partes en un mismo hogar ha dejado de ser requisito indispensable y ni siquiera necesario. El doméstico, actualmente no se aloja en el mismo domicilio del patrono y ello es consecuencia natural de dificultades de vivienda en las grandes capitales y a que el servicio adquiere una distinta categoría.

Tampoco el elemento de continuidad de la labor es elemento esencial en este contrato. La labor puede ser discontinua - (la lavandera que se emplea durante cuatro horas diarias en una

casa particular, la cocinera que se obliga a hacer solamente - el almuerzo y la comida en dos horas alternadas); tampoco es - factor el elemento confianza; la lavandera que trabaja en la - terraza de la casa particular y que recibe la ropa contada y de vuelve la misma, no tiene tal elemento en caracterización alguna que tipifique la relación contractual. Tampoco la acentuación del carácter personal de la relación constituye factor decisivo, más que puede serlo en cualquier contrato de trabajo."

(4)

ALGUNAS APRECIACIONES EN TORNO A LAS CONSIDERACIONES
DE JULIO C. ROJAS.

Estoy en total acuerdo con dicho tratadista al señalar - como notas características del servicio doméstico: la falta de lucro por parte del empleador, el hecho de que las labores deben realizarse en la morada del patrono, en que se verifiquen las mismas, se benefician únicamente el patrono y su familia, la no determinación a priori, en la generalidad de los casos, de las funciones que debe realizar el doméstico, lo cual acontece generalmente en hogares modestos, pues en hogares de familias adineradas, dichas labores se le determinan al trabajador en una forma a priori, es decir, al ser contratado, mas no estoy de acuerdo cuando señalé como carácter de este tipo de relación la no existencia de una relación típicamente laboral entre patrono y trabajador, sino patriarcal, que llega a constituir al criado como prolongación de la familia; pues este carácter como hemos visto en el desarrollo de este trabajo alcanzó vigencia en el pasado, en donde el amo fue dueño primero de la vida

y bienes del siervo, luego de estos últimos hasta llegar a nuestros días, en que el patrono no posee ningún tipo de ascendencia sobre el trabajador, configurándose entre ambos una relación de trabajo de naturaleza especial.

DE ACUERDO A NUESTRO CODIGO DE TRABAJO PODEMOS SEÑALAR COMO NOTAS CARACTERISTICAS DEL SERVICIO DOMESTICO LAS SIGUIENTES:

1.- El contrato de trabajo para servicio doméstico puede celebrarse verbalmente, Art.76 del C. de T., constituyendo ello una excepción al Art.18 de dicho Cuerpo de Leyes;

2.- Las labores a desarrollarse deben ser de aquellas propias de un hogar o de otro sitio de residencia o de habitación particular;

3.- El tipo de labores anteriormente apuntadas deben ser prestadas en una forma habitual o continua, Art.77, inc.lo. del Código de Trabajo, pues la prestación esporádica de servicios de índole distinta a la expresada en el número anterior no será suficiente para que el trabajador deje de ser considerado como doméstico, Art.77, inc. 3o. del Código de Trabajo;

4.- Dicha clase de labores deben ser presentadas en el hogar o en otro sitio de residencia o en otra clase de habitación particular;

5.- Dichas labores no deben importar lucro al patrono;

6.- Salvo pacto en contrario la retribución comprende además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación, Art.78, Código de Trabajo; y

7.- En esta clase de trabajo los primeros treinta días se consideran de prueba.Art.82.

María Palancar sostiene: "La doctrina del servicio doméstico además de exigir las tres notas tradicionales:

- a) Ser presentado en una casa y hogar;
- b) Para el servicio de una familia;
- c) Que no exista fin de lucro, habrá de tener en cuenta - estas dos complementarias.
- d) Carácter propiamente doméstico del trabajo, y
- e) Que el lugar en que se efectúe no sea propiedad de una persona que por su actividad pueda considerarse empresario.

No estamos de acuerdo con las notas complementarias que se indican ya que ellas no guardan relación con requisitos esenciales, ya que los tres elementos primeramente citados surge necesariamente el carácter doméstico del trabajo, y el hecho del lugar donde se efectúe el prestamiento del servicio sea o no propiedad de una persona "que por su actividad pueda considerarse empresario" es, a nuestro juicio totalmente indiferente".(5)

BIBLIOGRAFIA

- (1) JUAN DE RAMIREZ GRONDA, Régimen de los trabajadores del servicio doméstico, en - tratado del derecho del trabajo, dirigido por Mario L. Deveali, T.III, Págs.652 a 653.
- (2) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social, T.II, Editorial - Eliasta, Pág.256.
- (3) DE LITALA, El Contrato de Trabajo, Págs. 425-426, Buenos Aires, Argentina. 1946.

(4) JULIO C. ROJAS,

El servicio doméstico su ré
gimen jurídico. Edit. Nueva -
América, Buenos Aires, Argent
tina. Págs. 13 a 16.

(5) MARIA PALANCAR,

El concepto de servicio do-
méstico en la jurisprudencia,
en la revista de Derecho del
Trabajo, Madrid, 1954. Pág. -
103.

CAPITULO XIII

NATURALEZA DEL VINCULO DEL SERVICIO DOMESTICO

Ha sido un poco difícil el determinar la naturaleza jurídica del vínculo del servicio doméstico por una serie de circunstancias entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

1.- Por la asimilación que la parte de este contrato ha tenido con el arrendamiento de servicios, en donde la subordinación deriva de la naturaleza misma del contrato basado en la idea de la locación, es decir del uso o goce casi discrecional de una cosa o de una persona humana o de su actividad, tal como acontecía en la época en que surgió esta figura jurídica, como una forma de esclavitud atenuada, caída en desuso en el mundo libre;

2.- Por la destrucción que han hecho unos tratadistas y legislaciones en cuanto al trabajo doméstico manual (cocinera, lavanderas, etc.) y el trabajo doméstico intelectual, (hayas, damas de compañía).

3.- Por el hecho de diferenciar el contrato de trabajo doméstico (cuando se prestan labores domésticas en empresas que le producen lucro al patrono) del contrato de servicio doméstico (cuando dichas labores se prestan en el hogar y que por lo tanto no le producen lucro al patrono).

4.- Por el hecho de que en varias legislaciones no se determinan cuáles son las labores propias del hogar y como consecuencia se incluyen dentro de las mismas, actividades que no son tales; y

5.- Por la idea de la benevolencia, pues mientras se sostiene que el servicio doméstico es una actividad de trabajo humana que decliva por la situación de extrema dependencia que se establece y por las formas humillantes que a veces presenta algunos entre otros autores, al hablar de la benevolencia dicen, la intimidad y la convivencia que encontramos en este contrato, crean efectos y sentimientos de consideración que con el tiempo se transforman en uno de los elementos reguladores de la relación laboral, por lo que consideran que el vínculo que une a las partes de este tipo de contrato, no es jurídico, sino que casi familiar.

Después de haber enumerado algunas causas que dificultan en parte determinar la naturaleza de este tipo de relación, transcribiré el criterio que al respecto poseen algunos autores para después exponer un propio punto de vista. Y es así como el tratadista Julio C. Rojas, nos dice: "La evolución experimentada por el servicio doméstico no le ha favorecido en absoluto. En la dominación de servidores domésticos podrían incluirse, en otras épocas, personas de muy diversa condición; servidores eran los mayordomos de los palacios como también podían serlo damas de alta alcurnia, pues en tanto más elevada era la condición del señor, tanto más era la de sus servidores. La decadencia del servicio doméstico, en cuanto a su consideración social debe haberse considerado una sola de las actividades o categorías de esta clase de trabajadores, siendo ella la más humilde. Se olvida que mayordomos, preceptores, señoras de compañía, instituciones y ayas, son también servidores domésticos.

Pero aún sin necesidad de determinar sólo unas ciertas categorías, cabe que el servicio doméstico, en ciertos estudios -

de su desarrollo histórico, tuvo una situación económica y aún social, superior a la de los restantes trabajadores. Las estadísticas comparativas elaboradas por Avenel, lo demostrarían - para Francia, durante un largo período, comprendido entre los Siglos XII y XV. Ello se debe, según nos señala Emile James, - a que "el desprecio que durante la Edad Media ahogó el trabajo manual, no alcanzaba a los servidores próximos a los señores respecto de los cuales el trabajo era considerado de gran dignidad".

Contrato de lenta evolución, languidece actualmente el - de servicio doméstico, debilitándose en los países de mayor - concentración industrial en tanto subsiste, sin mayores variantes, en aquellos otros de lento desarrollo o de economía reducida. Se funda en una íntima relación con la vida familiar, - de tal manera que las mismas vicisitudes, desplazamientos y - cambios que sufre ésta, experimenta ese contrato, el cual es prolongación real y efectiva, de un trato propio de relaciones que no son de orden económico y sí de un carácter predominantemente afectivo.

Se pretende dar hoy al servicio doméstico las características de un contrato de trabajo, quizá en ciertos aspectos de un contrato de trabajo perfecto en su intensidad, pues la subordinación se hace más intensiva y la exclusividad es tan total que el doméstico es casi siempre interno. Pero a pesar de existir esa subordinación en cuanto al sostenimiento, tiene - éste más semejanza con la que se presta al pater familias que la que se otorga por el trabajador a su patrono.

Es aquella la tesis del autor, el que sostiene que los -

trabajadores domésticos son sujetos del contrato de trabajo; estudiado, como hizo, previamente la esencia de ese contrato no considerando, por su parte, como esencial, la nota de lucro.

Por nuestra parte estimaríamos del mayor interés el formular, en relación al contrato de servicio doméstico, una teoría respecto al carácter de la subordinación para permitir distinguir el estado de sometimiento del doméstico en relación al del trabajador ligado por un verdadero contrato de trabajo. En la teoría de éste es de interés distinguir el contrato de los trabajadores; esto es, el contrato tipo de los diversos contratos que emanan de lo que es una relación subordinada de trabajo.

Fijada así una cierta posición correspondería de inmediato, distinguir si el contrato de servicio doméstico es un contrato de trabajo o por lo menos decir si existe un contrato de trabajo de servicio doméstico, sí sabemos, sin discusión posible, como construcción pacífica de la doctrina que es el prestado no a particular y sí a un empresario que lo utiliza con fines de lucro. La subordinación aparece con nuevo matiz, con una cierta modificación y un nuevo estado o situación sirve para caracterizar el contrato de trabajo. Se trata de los fines que una de las partes persigue al utilizar los servicios ajenos; de tal manera se concluye que aún habiendo subordinación, aún existiendo una prestación de servicios remunerada, puede no haber contrato de trabajo, si las relaciones entre las partes no son las comunes o habituales entre un patrono o empresa y un trabajador y obrero.

La calidad del sujeto y un trabajador del contrato permite aquí definir, en parte, la naturaleza del vínculo. El dueño

de casa, que en tal carácter contrata los servicios de una persona que realice las tareas domésticas, no verifica un contrato de trabajo, por más que el contratado sea un trabajador. El lugar de la prestación o a quien se prestan los servicios son elementos de tenerse en cuenta".(1)

Las causas que mencioné al principio de este tema, son - las que han influido grandemente para que muchos tratadistas - y legislaciones le nieguen el carácter de jurídico a la relación que une al patrono con el trabajador doméstico. Pero dichas causas han quedado desvirtuadas en el transcurso de este trabajo - para conseguir el fin que se proponen los que las sustentan.

Yo considero que el vínculo que une a las partes en esta clase de contrato es eminentemente de carácter laboral y por ende jurídico. Lo que ocurre es que el contrato que se origina de tal vínculo es de una naturaleza especial, por las circunstancias analizadas en el transcurso de este trabajo.

BIBLIOGRAFIA

(1) JULIO C. ROJAS,

El servicio doméstico- su Régimen jurídico, Págs.8 a 11, edit.Nueva América, - Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO XIV

CONCEPTO DE TRABAJADORES DOMESTICOS

No soy partidario de los conceptos a raíz de que por muy completos que sean siempre se dejan fuera del mismo un sin número de situaciones que deberían ser contempladas. Es por ello que considero que lo más importante es determinar cuáles son los elementos constituyentes de esta clase de sujetos de derecho.

No obstante lo anterior no dejo de reconocer que en ciertas oportunidades un concepto elaborado en una forma bastante completa, nos ayuda grandemente a entender mejor el problema que se estudie.

Debido a lo cual, para un mejor entendimiento de lo que debe entenderse por trabajador doméstico, transcribiré primero algunos conceptos que nos da la doctrina y luego los contemplan el derecho positivo de algunos países.

Luego mencionaré algunos problemas con que se tropieza para elaborar un concepto adecuado y por último trataré de definir a dichos sujetos de derecho.

A.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO.

Para los tratadistas Guillermo Cabanellas de Torres y Luis Alcalá Zamora y Castilla, "doméstico procede del latín domus, casa y servicio doméstico es el relativo al cuidado, atención, limpieza, seguridad de la casa, como hogar, suma de vivienda y persona o familia que la ocupa".(1)

Los domésticos (servidores, sirvientes, criados y criadas, cocineros y cocineras, doncellas, mandaderos, choferes, cocheros, lacayos, porteros, asistentes, ayuda de cámara, pinches, -amas, niñeras, ayas y tantas especies más).

Para Pothier, los domésticos o criados "son las personas - que pueden ser o no servidores: además difieren de aquellos que con quienes hemos celebrado un contrato para que no hicieran una determinada obra por una cierta cantidad; tales nuestros viñadores; éstos no son en verdad servidores nuestros, y no tenemos derecho a mandarles ni a exigir de ellos otra cosa que el trabajo que se hace obligación hacer".(2)

Para María Alvarado S. y Aria Selva Ruiz D. "se entiende por empleado doméstico las personas que se dedican en forma continua y para un solo patrón a trabajos propios del servicio del hogar, tales como los de llaveros, sirvientes de mano, niñeras, etc." (3)

El tratadista Julic C.Rojas, nos dice: "que trabajador doméstico es el que presta servicios propios del hogar a una persona o a una comunidad familiar, tenga o no alojamiento en la casa de ella, percibiendo remuneración y siempre que el empleador no persiga fines de lucro".(4)

Para Francisco de Ferrari, "Celebran contrato de servicio doméstico, las personas que, en los lugares habitual o transitoriamente destinados a morada o habitación de las personas se obligue mediante una paga, a realizar tareas propias de un hogar".(5)

Para Cabanellas "se llama servidores a la gente que tene-

mos a sueldo para que nos presten todos los servicios que le pedimos; agregando que son domésticos o criados, las personas que viven en nuestra casa, comen de nuestro pan".(6)

ANALISIS DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES

El concepto que nos proporciona Pothier lo considero tan incompleto que no merece ninguna clase de análisis.

El concepto que nos da María Alvarado S. y Ariaselva Ruiz D., lo considero atinado en el sentido de que nos dice que el servidor doméstico es el que presta servicios propios del hogar, en forma habitual y continua, pero lo critico por el hecho de que no menciona el lugar donde deben prestarse tales servicios y que no deben importar lucro o negocio para el patrono.

A Julio C. Rojas, lo considero atinado cuando nos dice que los servicios deben ser propios de un hogar y que los mismos no importen lucro al patrono, pero le critico el hecho de manifestar que tales servicios pueden ser prestados a una comunidad familiar y de incluir en dicho concepto la expresión de que el trabajador tenga o no un alojamiento en la casa pues tal circunstancia no es característica del doméstico, pues cualquier clase de trabajador puede residir en la casa de su patrono, como acontece a veces con los conceptos de los motoristas, guardaespaldas, vigilantes, etc. y no por ello van a ser domésticos.

El concepto dado por Ferrari es uno de los más completos por cuanto incluir en el mismo casi todos los elementos consti

tutivos de tales sujetos de derecho, sabiendo que se omite únicamente la falta de lucro por parte del patrono.

Y por último se encuentra el concepto que nos da Cabanellas, el cual al igual que el de Pothier, lo considero totalmente falto de todo al decirnos que domésticos o criados son las personas que viven en nuestra casa, comen de nuestro pan; de acuerdo a tal tratadista, un huésped es un doméstico.

B.- DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL.

Desde este punto de vista mencionaré conceptos de trabajadores domésticos de algunos ordenamientos legales, tales como: El Art.61 del C.de T. Chileno "son empleados domésticos las personas que se dediquen en forma continua y sólo para un patrono a trabajo propio de un servicio de un hogar tales como los choferes, llaveros, sirvientes de mano, cocineros, niñeras, etc." (7)

La Ley No.1 del 7 de enero de 1949 sobre trabajadores domésticos (Suomen Asetuskokkelma y Finlands Forttningsamling, 11 de enero de 1949), contempla ampliamente la situación del personal doméstico, siendo tal vez una de las naciones que ha protegido con mayores detalles a estos trabajadores, por lo que transcribiré íntegramente sus disposiciones, como mejor ilustración.

"Artículo 1o." Se entenderá por trabajadora doméstica, a efecto de la presente ley, la trabajadora que se comprometa a ejecutar, mediante remuneración, trabajos de carácter esencialmente domésticos en el domicilio del empleador."(8)

La presente ley no será aplicable a las trabajadoras ocupadas en trabajos domésticos: 1o.) que hubieren concluido un contrato de trabajo por un período inferior a un mes; 2o.) que, según las cláusulas del contrato de trabajo, deban trabajar en el domicilio del mismo empleados menos de seis horas laborables por semana; 3o.) que sólo trabajen en el domicilio del empleador una parte de la jornada; 4o.) que en caso que el empleador explote una de las jornadas a la industria hotelera, de restaurante o café, para la que se exija autorización o declaración, no estén contratadas exclusivamente para el servicio del empleado o de su familia.

En República Dominicana. La ley No.2920 del 11 de junio de 1951 dictó el Código de Trabajo (Gaceta Oficial, año LXXXII No. 7309 Bis) cuyo artículo 244 dice: "son trabajadores domésticos los que se dediquen de modo exclusivo y en forma habitual y continua a labores de cocina, aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono o sus parientes".(9)

En Nicaragua; por decreto No.336 del 12 de enero de 1945 el presidente de la República de Nicaragua promulgó el Código de Trabajo en protección de los trabajadores, por quienes entiende "toda persona individual que por cuenta ajena presta bajo la dependencia directa o indirecta de otro un servicio material, intelectual o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo".(10)

El Art. 129 de la Ley Federal del Trabajo de México, nos

dice: "que doméstico es el trabajador de uno o de otro sexo que desempeñe habitualmente las labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia o habitación. No se aplicarán las disposiciones especiales de este capítulo -se refiere al Capítulo XIV del Título Segundo sino a las del contrato de trabajo en general, a los domésticos que trabajan en hoteles, fondas, hospitales u otros establecimientos comerciales análogos".(11)

El Art.101 del C. de T. de Costa Rica, nos dice: "Son trabajadores domésticos los que se dediquen en labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o dentro del sitio de residencia habitación particular que no importa el lucro o negocio para el patrono".(12)

Hasta que fue dictada en Bolivia la Ley General del Trabajo el 8 de diciembre de 1942, el trabajo del personal que nos ocupa carecía de protección legislativa especial, debido, según afirma Linares y Zambrana, "a la naturaleza de este servicio, realizado en la intimidad de los hogares y sin espíritu de lucro".

El Art.36 de esta Ley define al trabajo doméstico como "el que se presta en forma continua y a un solo patrono, en menesteres propios del servicio de un hogar. Puede contratarse verbalmente o por escrito, siendo esta última forma obligatoria si el plazo excediere de un año, y requiriéndose además el registro en la Política de Seguridad".(13)

El Título IV que regula los trabajos a regímenes especiales se refiere en el Capítulo cuarto del C. de T. de Guatemala se refiere a los trabajadores domésticos llamándoles como -

"los que se dedican en forma habitual y continúa a labores de aseo asistencia, propias de otro lugar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importe lucro o negocio para el patrono".(14)

El Art.100 del C. de T. panameño nos dice "que son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, o de instituciones de beneficencia pública que no importen lucro o negocio para el patrono".(15)

El C. de T. de Venezuela en su Art.97 nos define a los trabajadores objeto de nuestro tema, solamente enumera como tales "a los choferes particulares, sirvientes, cocineros, niñeras y a los otros oficios de esta misma índole".(16)

En Bulgaria se encuentra legislado el servicio doméstico por el reglamento del Ministerio de la Política Social del 29 de octubre de 1947, relativo a las condiciones de trabajo de los empleados de casa. El Art.10. de este reglamento establece que sus disposiciones rigen "las condiciones de trabajo de los empleados de casa, ocupado en una necesidad mediante salarios estén o no alojados dentro de la casa".(17)

Según el decreto ley número 3068 del 27 de febrero de 1941, en Brasil son considerados como trabajadores domésticos "todos aquéllos que como cualquiera sea su profesión, prestan servicios a casa particulares y para provecho de las mismas mediante remuneración".(18)

El Art.77 de nuestro C. de T. nos dice: "Trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua a labores propias de un hogar o de otro sitio de re-

sidencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono".(19)

ANALISIS DE LOS ANTERIORES CONCEPTOS CONTENIDOS EN ORDENAMIENTOS
LEGALES DE VARIOS PAISES

El concepto que nos proporciona el Art.61 del C. de T. de Chile es acertado en cuanto nos dice que tales sujetos de derecho son los que se dedican en forma continúa a realizar labores propias de un hogar para un patrono pero le critico el hecho de ejemplificar algunas actividades pues con ello se corre el riesgo de no incluirlas todas y de incluir algunos que no deben ser considerados como tales, como es el caso de los choferes, por no constituir tal ocupación, una actividad propia de un hogar, el de no mencionar la falta de lucro que debe tener el empleador ni el salario que debe de pagarse al trabajador.

Considero asimismo bastante completo el concepto que nos da la ley No.1 del 7 de enero de 1949 de Finlandia únicamente al mismo de acuerdo a mi criterio el hecho de no haber mencionado la falta de lucro ni la habitualidad ni continuidad de tales actividades.

El concepto de que tales trabajadores domésticos nos da - el Código de Trabajo de la República Dominicana dictado por la ley # 2920 del 11 de junio de 1951, lo considero como el que - más se asimila al que nos proporciona nuestro Código de Trabajo, con la única diferencia que nos ejemplifica dichas actividades.

Al concepto que nos proporciona el Art.129 de la Ley Federal del trabajo de México, lo considero bastante incompleto -

por cuanto nos ejemplifica las actividades que desarrolla el doméstico, el hecho de no mencionar tampoco la falta de lucro que debe tener el patrono y más que todo el de atribuirle el calificativo de doméstico, al trabajador que desarrolla labores propias de un hogar, en hoteles, fondas, hospitales, etc.

El concepto que de tales trabajadores nos da el Art. 101 del C. de T. de Costa Rica, adolece de casi todas las omisiones mencionadas a las definiciones anteriores ya que comete el error de ejemplificar las labores que desarrolla el trabajador y de no manifestar la continuidad y habitualidad con que se deben prestar las mismas.

El Art.36 de la Ley General de Trabajo de Bolivia, dictada el 8 de diciembre de 1942, nos proporciona un concepto de los trabajadores que nos ocupa en este trabajo al incluir en el mismo, casi todos los caracteres que integran la actividad que desarrollan dichos trabajadores, faltándose únicamente la falta de lucro, pero incluye una noción nueva, al incluir en dicha definición el hecho de que el contrato puede celebrarse de una manera verbal o por escrito, siendo esta última forma obligatoria si el plazo excediere de un año y el cual debe registrarse en el Registro de Política de Seguridad que en dicho país existe - considero que contraría el principio de la estabilidad en el cargo lo dispuesto en dicho instituto, por cuanto las labores de un hogar, son por naturaleza permanente en el mismo; en consecuencia opino que hubiera sido un poco más feliz la redacción de dicho artículo, si se le impusiere al patrono la obligación de celebrar contrato escrito con el doméstico que tuviere más de un año de estar a su servicio, pues en la forma en que se en

cuentra redactado, en lugar de favorecer al trabajador lo perjudica, pues al finalizar el año de plazo, termina el contrato sin responsabilidad patronal.

La definición de que tales servidores nos da el Código de Trabajo Guatemalteco es similar a la del nuestro, con la diferencia que ejemplifica las labores propias de un hogar.

El Art.97 del Código de Trabajo Venezolano, no proporciona un concepto de esta clase de trabajo, sino que únicamente menciona a quienes se consideran como tales, incluyendo dentro de los mismos, a los choferes, que de acuerdo a mi criterio no son domésticos, como lo analicé en su oportunidad.

El Art.10. del Reglamento del Ministerio de la Política Social del 29 de octubre de 1947 no nos da un concepto de los domésticos sino que únicamente establece a quiénes se aplica el mismo.

Y por último el decreto ley # 3068, del 27 de febrero de 1941 de Brasil, al darnos un concepto de esta clase de servidores omitió manifestar la clase de labores que deben desempeñar, la continuidad de las mismas y la falta de lucro.

DIFICULTADES PARA FORMULAR UNA DEFINICION O CONCEPTO COMPLETO

En el intento de formular una definición completa de la clase trabajadora que nos ocupa, se presentan los obstáculos siguientes:

1.- El hecho de que en algunos países como en Brasil por ejemplo, esta clase de actividad es ajena al derecho del trabajo.

2.- La dificultad que existe en determinar si determinadas ocupaciones son o no actividades propias de un hogar como ha sucedido con los porteros, choferes, jardineros, etc.

3.- En clasificar si son o no domésticas las labores aun que sean propias de un hogar, desarrolladas por un trabajador en una institución de beneficencia ya que las cuales no le producen lucro a dicha institución.

4.- El hecho de que en algunas legislaciones a los trabajadores que desarrollan labores propias de un hogar en lugares comerciales, industriales, les atribuyen también la calidad de domésticos, aunque les den otro tratamiento, y

5.- Debido a que en varias legislaciones hacen el distinguo entre trabajadores domésticos manuales y trabajadores domésticos intelectuales.

No obstante lo anterior, la definición que de dichos trabajadores nos proporciona nuestro Código de Trabajo en su Art. 77, inc. lo., la considero feliz y me adhiero a ella y la cual reza así: "trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continúa a labores propias de un hogar o de otro tipo de residencia o habitación particular - que no importen lucro o negocio para el patrono".

Tal definición sirve todas las características de la actividad doméstica, las cuales son:

- 1.- Que las labores a realizarse sean propias de un hogar.
- 2.- Que dichas labores se presten en forma habitual y continúa,
- 3.- Que dichas labores se desarrollen en el hogar o en otro sitio de residencia o habitación particular.

4.- Que no importen lucro al patrono.

5.- Que se presten a una persona natural, lo cual se colige de la definición, pues son los únicos que poseen hogar.

BIBLIOGRAFIA

- (1) GUILLERMO CABANELLAS, Derecho del Trabajo, T.I. Pág.98.
- (2) POTHIER, Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires, Argentina, Pág.500.
- (3) MARIA ALVARADO Y ARIASELVA RUIZ D., Derecho del Trabajo en las Legislaciones Latinoamericanas. Pág.67.
- (4) JULIO C. ROJAS, El servicio Doméstico- su Régimen Jurídico, Pág.93 Editorial Nueva América, Buenos Aires, Argentina.
- (5) FRANCISCO FERRARI, Derecho del Trabajo, Vol. II, Pág.46, Edit.DEPALMA, Buenos Aires, Argentina.
- (6) CABANELLAS.
- (7) CODIGO CHILENO.
- (8) LEY #1 del 7 de enero de 1949 sobre trabajadores domésticos de Finlandia.
- (9) Art.244 del Código de Trabajo (gaceta oficial, año LXXXII No.7309 Bis, de la República Dominicana.
- (10) Código de Trabajo de Nicaragua.
- (11) Ley Federal del trabajador (MEXICO).
- (12) Código de Trabajo de Costa Rica.
- (13) Ley General del Trabajo del 8 de diciembre de 1942 de Bolivia.
- (14) Código de Trabajo de Guatemala.
- (15) Código de Trabajo de Panamá.
- (16) Ley de Trabajo de Venezuela.
- (17) Reglamento del Ministerio de Política Social del 29 de Octubre de 1947 de Bulgaria.
- (18) Decreto ley número 3078 del 27 de febrero de 1941 de Brasil.
- (19) Nuestro Código de Trabajo.

CAPITULO XV

ANTECEDENTES DE DIFERENTES CODIGOS DE TRABAJO DE EUROPA, AMERICA DEL NORTE Y AMERICA LATINA QUE HAN REGULADO LAS CONDICIONES DE TRABAJO A QUE SE HAN ENCONTRADO SUJETOS LOS TRABAJADORES DOMESTICOS EN CADA UNO DE DICHS PAISES.

1o.-LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DE TRABAJO.

"La Organización Internacional del Trabajo, institución de Derecho Internacional Público, formada por los países miembros y controlada democráticamente por los representantes de los gobiernos de las organizaciones de los empleadores y de las organizaciones de trabajadores, tienen como misión promover la justicia social en todos los países del mundo. Para esta finalidad acopia referencias de las condiciones sociales y del trabajo, - formulado por normas mínimas y vigilando su aplicación.

En atención a la importancia que reviste el servicio doméstico, como también en razón del descuido jurídico en que se encuentran quienes en él desempeñan y con el propósito de estudiar el problema de la mejora de la situación y con las condiciones de empleo del personal de este servicio, el Consejo de Administración, uno de los órganos de la Organización Internacional del Trabajo, dedicó en su 112o. reunión (Ginebra, junio de 1950) convocar a un comité de expertos.

En esa oportunidad se documentó sumariamente lo relativo al estado y condiciones generales de este empleo, fijándose los temas principales de examen. En una mirada panorámica internacional, se arribó a la conclusión de que la reglamentación

del servicio doméstico se efectúa de dos maneras: a) por disposiciones legales, o b) por contratos tipos. En la primera manera a su vez existen dos sistemas parecidos, pues en algunos países hay una legislación especial reglamentando las condiciones de trabajo y protección del personal doméstico: Australia (1942), Suecia (1944), Bulgaria (1947), Hungría (1947), Haití (1947), (respecto de los menores solamente), Checoslovaquia (1948), República Dominicana (1949), Finlandia (1949), Noruega (1949). Existían a estudio proyectos de leyes, en Bélgica, Egipto y Francia.

En los países donde no existe una ley especial, la protección de este personal es de carácter fragmentario y ofrece sensibles lagunas. Así son exclusivos del campo de aplicación de la legislación social general aplicable a la industria y el comercio pero en muchas naciones la legislación general sobre el trabajo acuerda ciertos beneficios a esta clase laboral, como por ejemplo, edad mínima de admisión al empleo, al descanso, las vacaciones pagadas, salario mínimo, etc. (Bolivia, Chile, Guatemala, Francia, Irlanda, México, Panamá, Perú, Venezuela, Estados de Washington, Wisconsin de Estados Unidos).

Entre las naciones que han fijado los derechos y obligaciones del personal doméstico en contratos tipos, se enumera, Suiza, Bélgica y los Estados Unidos. En muchas villas y cantones suizos, estos contratos son registrados y promulgados por las autoridades cantonales, después de una consulta a las organizaciones interesadas; estos contratos tienen fuerza de ley en la región para la cual son establecidos. En Bélgica y Estados Unidos sin embargo la observación de estas normas es pura-

mente facultativa y solamente es obligatoria en períodos de penuria de mano de obra. Por otra parte, son raras las convenciones porque es muy precaria la organización sindical en esos empleados, encontrándose algunos ejemplos en Francia y en Italia.

En la reunión 1130, se revisó y resolvió que la asamblea de expertos se llevaría a cabo en las fechas del 2 de julio de 1951, aprobándose la siguiente lista: Brita Akerkan Johanson (Suecia), Leonard (Francia), Romanand Das (India), Dorothy Elliot (Reino Unido), Leontina Linicio Cardoso (Brasil), Frieda Miller (Estados Unidos), Julia E. Palacios (Argentina), - Reisner (Reino Unido, Zamanski (Francia).

Las recomendaciones formuladas por los expertos se refieren a la duración del contrato, los motivos de terminación inmediata o desahucio del contrato, el plazo de preaviso, las condiciones dignas de vida y del trabajo del personal, protección de la maternidad, alojamiento y alimentación, defensa de la salud del doméstico, seguridad social, formación profesional y certificación de competencia o de idoneidad, proponiendo que se trate de suministrar asistencia doméstica en ciertos casos de urgencia".(1)

2.- ESPAÑA.

"El número de mujeres que en España se dedican al servicio doméstico alcanzaba en 1940 a trescientas treinta y dos mil -- ochocientas treinta y ocho, es decir, el 1.28% de la población. A este porcentaje se llega a través de una notable disminución del número de personas ocupadas en este servicio, según se puede observar con la siguiente escala.

En 1910.....	1.40%
1920.....	1.40%
1930.....	1.42%
1940.....	1.28%

García Pelayo entiende por chicas de servir, "aquellas mujeres que prestan servicios domésticos en una familia de clase media urbana, a cambio de una remuneración precisa y periódica y que viven bajo un mismo techo".

El nombrado autor presenta un cuadro de supuestos de la existencia del servicio doméstico, aplicables muy bien a nuestro medio, los que serían:

a) Supuestos de estructura económica: implica la existencia de una industria fabril muy poco desarrollada, ya que con el desenvolvimiento del maquinismo, los sirvientes abandonan - las casas particulares en busca de trabajos mejor remunerados, con libertad de horarios y mejor protegidos por la legislación social;

b) Supuestos de Ordenación Jurídica: se requiere como base el reconocimiento de una sociedad igualitaria y libre, sin servidumbres personales, pues en las comunidades de ordenación servil, el trabajo es llevado a cabo por esclavos o siervos;

c) Supuestos de Estructura Social: configuración de una población de campesinos pobres y reunidos en la clase media las siguientes condiciones:

- Vida de hogar relativamente intensa.
- Escaso desarrollo de la técnica en los trabajos del hogar.
- Nivel económico relativamente olgado.

- Vivienda amplia.
- Factores Psicológicos sociales, como es el sentimiento que anima a algunas personas de que disponiendo de personal de servicio, se diferencian sociológicamente de - otras, acentuándose una distancia de clase a clase.

Como lo hace notas Unsain, si se examinan las normas de trabajo dictadas en las Naciones Europeas con anterioridad al régimen de los principios de igualdad contractual que implantó la Revolución Francesa, se constatan particularmente en España dos características relacionadas con el servicio doméstico: a) el crecido número de disposiciones al respecto, y b) el propósito de reglamentación diferenciándolo notablemente de las - otras clases de trabajo, reconocimiento así de su fisonomía particular.

El profesor español Gilbert aborda el estudio de la relación laboral de los trabajadores agrícola-pecuario y de sirvientes domésticos de los Siglos XII y XIV sobre la base de la integración de ambas categorías de trabajadores en una genérica sirvientes.

Tal oportunidad no sería utilizable con posterioridad, por la clara diferencia de criados y obreros agrícolas. Gilbert señala carácter de privilegio que en la Edad Media revistió el - hecho de tener sirvientes, lo que obedecía a razones sustantivas sino a razones fiscales de tal modo que en la Nueva Recopilación se prohibió tener más de dos lacayos para los grandes y cuatro escuderos para las mujeres. Al respecto el ilustrativa la síntesis de disposiciones de la Nueva Recopilación la Novísima, nueva, Fuero viejo, de Castilla, los fueros de Viguera y Cuenca, Código de Tortosa, etc. a que se refiere la reciente obra de G. Bayón Chacón.

Muchas de estas disposiciones se reflejaron después en las leyes de indias y las Partidas, contemplando diferentes aspectos del servicio doméstico; así la ley XIV, tit.12, Libr. 6 facultad de las indias casadas para que el marido viva en la misma casa, y la ley XXI, tit.13, libr.6, obliga a los patronos a que se les curen en las enfermedades y entierren si mueren, avanzando aún más las Partidas, contempladas un régimen de preaviso y el despido por infidelidad, mereciendo también destacarse la Ordenanza de 1614 que reglamenta en Madrid las "Casas de Madres Mozas", que desempeñaban el papel de nuestras actuales agencias de colocaciones.

En el año de 1919 Burgos Mazo pretendió sin éxito hacer una regulación de derecho positivo del llamado servicio doméstico. El Código de Trabajo de 1926 lo excluye de la jurisdicción social. La ley del contrato de trabajo del 21 de noviembre de 1931 consideró al servicio doméstico como objeto del contrato de trabajo, lo que no pasó de ser una declaración sin contenido en el resto de la legislación que lo exceptuaba de su beneficio.

La vigente ley del Contrato de Trabajo excluye expresamente al servicio doméstico de su regulación (Art.2, apartado c.). Pueden distinguirse en el servicio doméstico: a) criados de ambos sexos para faenas materiales, b) otros servicios de servicios manuales. En una enumeración no exhaustiva, pueden comprenderse, según Juan M. Pidal, dentro del servicio doméstico: "criados para todo, niñeras, doncellas, cocineras, amas de cría, preceptores, ayos, maestros y profesores, señoras de compañía, guardas, porteros que cuiden una mansión par-

ticular donde solamente habiten el propietario y sus familiares".

El tribunal Supremo ha insistido en diferenciar esencialmente este servicio, diciendo que es aquel que se refiere a las atenciones inferiores de la vida familiar, y así sostuvo: "No son servidores domésticos los de un jardinero de casa particular, sin fin de lucro y si solamente por ornato, puesto que los servicios domésticos se refieren a las atenciones inferiores de la vida familiar, no pudiendo estar incluido en tal trabajo de jardinería, que además se encuentra reglamentado en bases de trabajo, habiéndose así reconocido también por este tribunal - respecto al chofer de una casa particular, en la que su patrono tampoco persiga fin de lucro". (Tribunal Supremo incluido, - sentencia del 9 de abril de 1951)".(2)

3.-ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

"Refiere Frieda S. Miller, que en Estados Unidos, las rev. Internacional del Trabajo, Ginebra, Vol. XLVI, núm. 4, pág.356, condiciones del trabajo doméstico han sido determinadas en su mayor parte por las propias interesadas -la señora de la casa y la persona que busca colocación- en cada caso particular. Es - así como en épocas de crisis y de desempleo, los trabajadores compiten entre sí y aceptan salarios inferiores a los normales. Por el contrario, cuando escasean trabajadores, gran parte de ellos abandonan el trabajo doméstico por la fábrica, la tienda o el restaurante, y los que quedan son objeto de competencia entre los empleados, que ofrecen salarios más altos y mejores condiciones de trabajo. Un fenómeno social influye no-

tablemente en este país en la extensión y mejoramiento del servicio doméstico. Ya no se concibe allí que el único modo de vida normal sea el de la familia en que el marido atiende a la subsistencia y la esposa se ocupa de los quehaceres de la casa. Muchas son las familias en que ambos cónyuges trabajan fuera del hogar. Del total actual de dieciocho y medio millones de mujeres que trabajan más de la mitad son casadas. Cinco millones de trabajadoras tienen hijos de seis años y menos. Cuatro millones de mujeres son cabeza de familia. Ello es lo que determina que, de no asumir medidas adecuadas para confiar los hijos al cuidado de un personal doméstico competente, a centros infantiles o a otro medio cualquiera, se resentirá en gran forma la vida familiar, y esta circunstancia obligará a muchas madres a dejar o descuidar su empleo frente a las contingencias del hogar.

Según datos de diversos informes del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, Oficina del Censo, el porcentaje de mujeres (de más de 14 años de edad) que trabajan en casas particulares entre 1930 y 1950, sería:

1930.....	14.6%
1940.....	18.7%
1950.....	19.9%

A mediados del siglo influyó en la disminución del número de personas ocupadas en las casas particulares, el hecho de la comercialización de faenas que antes se hacían en el hogar, y así las lavanderas, cocineras y costureras dejaron la actividad doméstica para emplearse en lavanderías, restaurantes, hoteles y fábricas de confección de ropa. De igual manera favoreció el decrecimiento del empleo la difusión del uso de apa-

ratos eléctricos y otros dispositivos para ahorrar trabajo, disminuyendo así en muchos hogares el volumen de quehaceres penosos. El número de trabajadores domésticos descendió así de dos millones doscientos cuarenta mil en mil novecientos cuarenta, a un millón novecientos veintitrés mil en mil novecientos cincuenta, siendo el total en mil novecientos cincuenta y dos de un millón setecientos ochenta y seis mil con sólo 2% de hombres.

Otros factores que más inciden en el desmedro de esta clase laboriosa en el país del norte, consiste en que muchos tienden a abandonar un trabajo por el número excesivo de horas diarias en que deben desempeñarse y por la escasa remuneración que percibe. Se ha dicho en cuanto a lo primero, que las necesidades cotidianas de la vida no se pueden dividir por igual en varios grupos, ni pueden terminarse a horas fijas, como el trabajo de la industria, lo que origina las largas jornadas, ya que la misma persona que sirve el desayuno ha de preparar la cena y lavar la vajilla después por lo que no se puede esperar una jornada menor de doce horas. Así es como en una encuesta en 1948, realizada por el Departamento de Trabajo del Estado de Nueva York, después de ser interrogadas 51 criadas alojadas en la casa, algunas de ellas dijeron que trabajan por lo menos trece horas diarias, otras hasta dieciséis, llegando algunas hasta diecinueve horas por día.

De informes recibidos por la oficina del seguro de vejez y supervivencia en 1951, se puede deducir que el sueldo mensual medio del personal doméstico asegurado era de unos 80 dólares, a fin de inferir la ganancia anual en el ejercicio de este oficio cotejándose con otros, basta decir que, según la mencionada en-

cuesta del Departamento del Trabajo, del Estado de Nueva York:

Empleadas del hogar.....	448 dólares.
Dependientes de comercio,.....	1,148 dólares.
Telefonistas y Ocupaciones análogas,.....	1.616 dólares.
Profesiones libres, técnicas y afines,.....	2.264 dólares.
Empleadas de oficinas y ocupaciones,.....	2.064

En términos generales, puede decirse que en Estados Unidos, como en casi todos los países, las empleadas del hogar son las menor protegidas por la ley. Según el sistema de gobierno federal, la reglamentación de los salarios de la jornada de trabajo y otras condiciones de empleo son de la jurisdicción de los gobiernos de los Estados, salvo cuando se trata de ramas de actividad económica que abarcan más de un Estado. Las disposiciones de las leyes del trabajo de los Estados Unidos que se aplican a los servidores domésticos, son resumidas por Miller, como sigue:

Horario Máximo:

Washington: sesenta horas por semana, para uno y para otro sexo, salvo casos de necesidad excepcional.

Alaska: sesenta horas por semana para las mujeres.

Salario Mínimo:

Wisconsin: tarifa de salarios y asignaciones de subsistencia y alojamiento para las mujeres y los menores, según la importancia de la ciudad.

Alaska: salario mínimo de dieciocho dólares por semana (seis jornadas); cuarenta y cinco centavos de dólar por hora si se trabaja por horas.

Indemnización de desempleo:

Nueva York: se pagan cuando el mismo empleados tiene a su servicio más personas de cuatro.

Salarios Garantizados:

Doce Estados y Alaska: garantía implícita o explícita (California).

Reparación de los Accidentes de Trabajo:

California: el seguro de accidentes del trabajo es obligatorio si el trabajador efectúa más de cincuenta y dos horas de trabajo semanales al servicio del mismo empleados; en otro caso es facultativo.

Nueva York: el seguro es obligatorio si el trabajador - efectúa cuarenta y ocho horas o más de trabajo semanales al servicio del mismo empleador. Esta disposición sólo rige en las dieciséis ciudades de más de cuarenta mil habitantes. Sin embargo, en 1948, se concedieron indemnizaciones en setecientos -- ochenta y un casos de accidentes.

Conecticut, Nueva Jersey, Vermont: el seguro es facultativo; los empleados que no se acogen a la ley no tienen defensa en derecho común si son demandados por un asalariado víctima de accidente.

Treinta y cuatro estados: seguro voluntario; los empleados que no se acogen a la ley pueden defenderse en derecho común.

Nueve Estados y el Distrito Federal (Washington D.C.): los trabajadores domésticos están excluidos del seguro". (3)

4.-GRAN BRETAÑA.

"A partir del final del Siglo XIX se nota una creciente

disminución de la mano de obra doméstica debilo a los mismos fenómenos que han sido aludidos, es decir, la revolución industrial, el maquinismo, el empleo creciente de mano femenina en la industria, en el comercio y en otras agrupaciones fabriles. Así en 1881 el servicio doméstico ocupaba a ochenta y un trabajadores más por mil que la profesión de la industria textil; en 1911 esta diferencia era sólo del cincuenta y nueve por mil. Hasta 1921, según datos del seguro mencionados, habían ocupadas un millón ciento diecisiete mil ciento cincuenta y nueve mujeres, y en 1948 habían solamente cuatrocientos setenta y tres mil mujeres ocupadas. La escasez de este servicio llegó a preocupar a las autoridades nacionales, siendo el Ministerio de Trabajo y Servicios Nacionales, quienes en 1944 resolvió nombrar una comisión de encuesta sobre las condiciones del servicio doméstico en la postguerra; los investigadores adujeron como razones de la impopularidad de este empleo refiriéndose que, especialmente - cuando la empleada se aloja en casa del empleador, el servicio impone relaciones personales directas, de modo que, cuando esas relaciones son satisfactorias, la empleada se encuentra a gusto en su empleo; pero, en caso contrario, la empleada no está contenta, ni durante el trabajo ni durante sus descansos en la casa en que se ocupa. La ocupación era considerada como propia de personas de inteligencia inferior a la del nivel medio. No existía jornada máxima de trabajo, no normas protectoras de la remuneración y de las condiciones de alojamiento. Influyó ya anteriormente en el prestigio del servicio, en forma indirecta - la sanción de las leyes de 1918, sobre protección de la madre y el niño (Maternity and Child Welfare Acts) y la ley de 1936 sobre sanidad (Public Helth act.).

Por dichas leyes se obligó a las autoridades locales a -- crear comites de bienestar de la madre y el niño, autorizándolas para otorgar servicios de asistencia a las señoras de la casa encinta o con niños lactantes, así como a las que tuvieran -- hijos menores de cinco años. Las asistentes, así como a las que se consideraron sus tareas de gran importancia social, y el empeño con que desarrollan su labor contribuyó en gran forma a -- realizar el valor de los quehaceres domésticos y a influenciar buenamente en el público. Las Organizaciones gremiales lucharon por el mejoramiento de esta clase, proponiendo principalmente a una protección integral por medio de seguros sociales, que incitaran a desempeñarse en esta actividad. En 1938, se logró al crear el sindicato nacional del personal de amparo general de los trabajadores con la ley del Seguro Social, de 1946, según la cual el personal de servicio doméstico disfrutó del mismo -- régimen que los demás trabajadores en virtud de la legislación sobre seguros.

En junio de 1946 se creó un Instituto Nacional del Servicio Doméstico, cuyas finalidades se definen: actuar como organización nacional o central en todo el Reino Unido para aumentar el número de personas dedicadas al servicio doméstico, elevando y mejorando su situación, capacitación y eficiencia y para constituir a tal efecto un centro de investigación y estudio de todas las cuestiones referentes a la oferta y a la demanda de dicho personal.

Al respecto insiste Dorothy M. Elliot, que "la primera medida tomada por el Consejo de Administración del Instituto Nacional del servicio doméstico ha sido la fijación de normas --

nacionales de capacitación y experiencia, con las condiciones de empleo correspondiente a las normas del nivel requerido. La concesión del diploma del Instituto garantiza la posesión de los conocimientos y de la experiencia correspondientes a las calificaciones establecidas. Desde un principio, la formación a otorgar por el Instituto tenían un doble objeto: preparar a las empleadas para ocuparse con la necesaria competencia y darles confianza en ellas mismas", para que se consideren miembros activos de la colectividad y no se sientan relegadas de ella como grupo o raza aparte".

Contribuyó también el Instituto, en colaboración con el Consejo Nacional de Mujeres y el Sindicato Nacional del Personal del servicio Doméstico a establecer normas de empleo, siendo las principales las siguientes:

SALARIOS:

Las normas de empleos referidas fijan un salario mínimo por semana de cuarenta y ocho horas de trabajo para las empleadas adultas titulares de diploma alojadas en la casa del empleador, y otro distinto salario mínimo por el de cuarenta y cuatro horas las empleadas jóvenes titulares de diploma o en período de práctica para la obtención del mismo. La trabajadora adulta tiene derecho a dos aumentos: uno a los seis meses y otro a los doce meses del empleo.

De la misma manera es aumentado el sueldo de las empleadas alojadas en el hogar del empleador, para que puedan solventar su alojamiento y su sustento.

HORAS DE TRABAJO:

Cuarenta y ocho horas como máximo para las empleadas adultas alojadas en la casa y cuarenta y cuatro horas para las adultas no alojadas en la casa. Las empleadas jóvenes deben trabajar durante cuarenta y cuatro horas de trabajo por semana, cuando viven en la casa; cuarenta cuando viven fuera de ella. La empleada que no ha recibido todavía el diploma debe pasar cuatro de estas horas en un centro de instrucción complementaria o en una escuela técnica, de modo que sólo tiene extraordinariamente sólo cuarenta o treinta y seis horas de trabajo efectiva. Estas horas extraordinarias se pagan a las adultas con un aumento de 25% de la tarifa normal por las primeras tres horas extraordinarias y de 50% por las horas siguientes. No se permite a las jóvenes trabajar durante horas extraordinarias. Deberá concedérsele a cada empleada un día entero y medio de descanso semanal. El principio del descanso dominical para cada empleada no ha sido adoptado con norma fija, ya que las labores del hogar no admiten tal interrupción, siendo comparable en ello al trabajo de servidores públicos que ha de mantenerse de manera permanente, sin interrupción del fin de semana.

Toda empleada joven o adulta, diplomada o no, tiene derecho a una semana de vacaciones pagadas a los seis meses de empleo o a dos semanas a los doce meses de empleo. Después de cinco años de trabajo como titular profesional del instituto, la empleada tiene derecho a tres semanas de vacaciones pagadas. Las empleadas domésticas tienen también si lo prefieren, si renuncian a tales días libres, a petición del empleador, habrá de pagarles éste las horas de trabajo en día feriado con un aumento del 50% a partir de las cuatro primeras semanas.

OTRAS CONDICIONES:

La mujer alojada en la casa en que sirve debe contar de una alcoba y una salita o bien de una habitación que reúna - ambas condiciones, en todo caso con calefacción; debe poder hacer uso de cuarto de baño. Se estipula que la empleada pueda recibir visitas, pero que los gastos ocasionados por sus reuniones corren a su cargo y no al del empleador.

El Consejo de Administración acordó también lo relativo al uniforme, estableció que debía vestir una blusa de trabajo bien hecha y ponerse cofias, cubriendo su cabello. Al cesar en su empleo, el empleador debía remitir un formulario de referencia al Instituto, quien se reserva el derecho de mostrar las referencias a la interesada. Obteniendo el diploma de capacitación, el mismo instituto se encarga de la colocación de la empleada, de acuerdo a sus inquietudes y previo asesoramiento sobre el ambiente en que le tocará actuar.

También para las mujeres que sólo pueden trabajar algunas horas diarias o medio día se han organizado también en Inglaterra como en otros países, un servicio de asistencia doméstica.

El Instituto adoptó una recomendación formulada en el informe Markham-Hancock, convirtiéndose en empleador. El Instituto recibe de las señoras de casa y remite a una de sus empleadas diplomadas. Interesante resulta destacar que en la factura que ha de pagar la dueña de casa, comprende el salario devengado por la asistencia, la parte correspondiente de las vacaciones pagadas y de los gastos de enfermedad; de las cotizaciones del seguro a cargo del empleador y de los gastos generales de administración del sistema.

Lógico resulta pensar que la prohibición del Instituto del empleo por horas como asistentes a las trabajadoras domésticas que no poseen el diploma profesional es meramente utópico, ya que no se ha podido lograr el número suficiente de diplomadas profesionales en todas las ciudades del Reino Unido, pero, como lo hace notar Elliott, ciertos hechos demuestran que ha llegado el momento de organizar discusiones entre empleadores, en mayor escala que las ya celebradas bajo los auspicios del Instituto. "Tales discusiones mostrarán quizá las necesidades de negociaciones de los empleadores y empleadas, de las que depende, por cierto el reconocimiento sin reservas el régimen de trabajo de las empleadas del hogar".(4)

5.- CHILE.-

"En este país por ley del 13 de mayo de mil novecientos treinta y uno fue dictado el Código de Trabajo, publicado en el Diario Oficial del 28 de mayo de dicho año. El título segundo de este Código se refiere al contrato para obreros, correspondiendo en su Capítulo Séptimo, Art.61, a los empleados del servicio doméstico, diciendo: "son empleados domésticos las personas que se dediquen en forma continua y sólo para un patrón y a trabajos propios del servicio de un hogar, tales como los choferes, llaveros, sirvientes de mano, cocineros, niñeras, etc." La calificación de las tareas, en caso de duda, se hará por el Inspector de la localidad, de cuya resolución se podrá reclamar ante el Tribunal del Trabajo. El Trabajo de los empleados domésticos no estará sujeto a horarios sino que será determinado por la naturaleza de su labor, debiendo de tener un descanso absoluto de nueve horas.

El Art.62, establece que el contrato se regirá por lo normado en el Art.4o. ("se celebrará por escrito, firmando ambas partes, en dos ejemplares. Si se pacta verbalmente, el patrón deberá entregar al obrero una declaración escrita firmada por aquél, que contenga las estipulaciones acordadas; el patrón - conservará en su poder una copia de estas declaraciones y enviará inmediatamente un ejemplar de ella a las respectivas inspecciones de trabajo, pudiendo reemplazar su firma por un facsimil").

Para esta clase de trabajadores rige asimismo la norma del Art.6o., que dice: "El contrato individual debe tener a lo menos, las siguientes estipulaciones: 1o.) lugar y fecha del contrato; 2o.) nombres, apellidos y domicilio de los contratantes; 3o.) edad, estado civil y lugar de procedencia del obrero; 4o.) determinación precisa y clara de la naturaleza de los servicios y del lugar. Si expirado el término estipulado, el doméstico - continua prestando sus servicios el contrato se considera prorrogado. Después de un año de servicio, el doméstico disfruta de vacaciones, pagas anuales por quince días. Durante las dos primeras semanas, el servicio se considera como de prueba y cada parte puede separarse con preaviso de tres días, pagando el tiempo servido. Después se requiere un preaviso de quince días pero el patrón puede darlo por terminado por causa del mal servicio, falta de moralidad o respeto. No se requiere preaviso - en caso de enfermedad contagiosa en cualquiera de las partes, o de las personas que habitan en la casa. Falleciendo el patrón el contrato continúa con los parientes que viven en la casa, después de la muerte de aquél. Durante el preaviso de - quince días tiene el doméstico derecho de salir dos horas dia-

rias para buscar nueva ocupación. En caso de enfermedad, el doméstico conserva el empleo por ocho, quince, veinte o treinta días, según su antigüedad, pero sin derecho a sueldo, debiendo avisarse a la caja de seguro obligatorio.

El doméstico debe otorgar recibo por las cantidades que le paguen o anticipen, la acción humanada de este contrato se prescribe a los sesenta días de terminado el servicio".(5)

6.- FINLANDIA.

"La Ley número 1 del siete de enero de mil novecientos cuarenta y nueve sobre trabajadores domésticos (Suomen Asetuskoelma y Finlands Forfatthmingsamling, 11 de enero de 1949, - contempla ampliamente la situación del personal doméstico, siendo tal vez una de las naciones que han protegido con mayores - detalles a estos trabajadores, por lo que transcribimos íntegramente sus disposiciones como mejor ilustración.

"Art.1. "Se entenderá como trabajadora doméstica a los - efectos de la presente ley, la trabajadora que se comprometa a ejecutar mediante remuneración, trabajos de carácter esencialmente domésticos en el domicilio del empleador. La presente ley no será aplicable a los trabajadores ocupados en trabajos domésticos:

1.- Que no hubieran concluído un contrato de trabajo por un período inferior a un mes;

2.- Que, según las cláusulas del contrato de trabajo, deben trabajar en el domicilio del mismo empleador menos de seis horas laborables por semana;

3.- Que sólo trabajen en el domicilio del empleador una - parte de la jornada;

4.- Que en caso de que el empleador explote una parte de la jornada a la industria hotelera, de restaurantes o cafés, para la que se exija declaración o autorización, no estén contratados exclusivamente para el servicio del empleador o de su familia".

Art.2. "No serán reputadas trabajadoras domésticas a los efectos de la presente ley: 1o) las familiares del empleador; 2o) el ama de casa o la persona que dirija las labores domésticas del domicilio donde la trabajadora doméstica esté ocupada; 3o) las amas de gobierno y las otras personas que se hubieren contratado para desempeñar trabajos domésticos en forma independiente y bajo su propia responsabilidad; 3o) las personas que trabajan en el domicilio del empleador, con objeto de adquirir formación en labores domésticas, bajo la vigilancia de una autoridad del Estado; 5o) las trabajadoras domésticas en el domicilio de un empleador que ejerza actividades agrícolas, cuando las referidas trabajadoras tomen normalmente para en los trabajos agrícolas; 6o) las ayas diplomadas, encargadas exclusivamente en el cuidado de niños que desempeñan las tareas que directamente se relacionen con dicho cuidado; 7o) las personas contratadas para cuidar enfermos".

Art.3.-"En lo que concierne al período de vigencia del contrato de trabajo de las trabajadoras domésticas, serán aplicables en los acuerdos a que hubieren llegado las partes, habida cuenta de las disposiciones de la ley sobre contratos de trabajo, así como las disposiciones siguientes de la presente. A falta de acuerdo en contrario, la trabajadora doméstica deberá estar presente en el nuevo lugar de trabajo, a las diecisiete horas del último día de vigencia del contrato".

Art.4.- "Si el contrato de trabajo no hubiera sido concluído por período determinado, quedará en vigor hasta la rescisión; el empleador y la trabajadora doméstica deberán observar plazo de aviso previo de catorce días. Si las relaciones de trabajo continuaren después de la fecha estipulada en el contrato de trabajo, el contrato continuará vigente en condiciones anteriores y con el plazo de aviso previo prescrito en el párrafo primero. Independientemente de las disposiciones de los Arts.30 y 31 de la ley sobre contrato de trabajo (No.141 de 1922). Que previenen el derecho de la trabajadora y del empleador a rescindir inmediatamente el contrato de trabajo, cualquiera que sea la duración o el plazo de aviso previo estipulado, la trabajadora tendrá derecho a rescindir el trabajo dentro del término de una semana después de haber tenido conocimiento de que el empleador se propone trasladar su domicilio a otro lugar y que el traslado no tendrá únicamente carácter de ausencia por razones de vacaciones del empleador o de su familia o por causa similar. El traslado a otro lugar debe ser anunciado a la trabajadora doméstica con una semana de antelación como mínimo".

Art.5.- "A falta de pacto en contrario, el salario en metálico de la trabajadora doméstica deberá ser pagado dos veces al mes, los días quince y último de cada mes".

Art.6.- "En lo que concierne al alojamiento y a la alimentación que el empleador proporcione a la trabajadora doméstica como elementos integrantes del salario así como a la asistencia debida en caso de enfermedad, serán aplicables las disposi

ciones al respecto de la ley sobre el contrato de trabajo (N^o. 141 de 1922) y de la legislación sobre higiene. Si el contrato de trabajo diere a la trabajadora doméstica derecho a aposento especial ni el empleador ni su familia tendrá derecho a utilizar dicho aposento en su propio provecho".

Art.7.- "La jornada legal de trabajo de la trabajadora doméstica en la que estarán comprendidos los descansos estipulados para las comidas, no deberá exceder de diez horas por día. En lo que concierne al comienzo y al fin de la jornada normal de trabajo, prescrita en el párrafo primero, en el caso que no sea continúa de sus períodos, los interesados podrán convenir que la jornada de trabajo comience, lo más pronto a las seis - horas, salvo acuerdo en contrario, y termine a las diecinueve - horas a más tardar, en los distritos rurales la jornada de trabajo, podrá, según acuerdo, terminar durante el período comprendido durante el período del 10. de abril y el treinta de septiembre, a las veinte horas a más tardar. Dichos acuerdos podrán concluirse aún con trabajadores domésticos que trabajen - con familias que se hubieren trasladado para pasar el verano de una ciudad a un distrito rural. Durante las horas no fijadas, como parte de la jornada normal de trabajo, la trabajadora doméstica gozará de plena libertad".

Art.8.- Además de lo prescrito en el Art.7, la trabajadora doméstica gozará de mínimo de horas libres que a continuación se expresa: 1o.) Desde las catorce, un día laborable por cada semana o si se hubiere convenido así, desde las diecisiete dos días por semana; 2o.) Un domingo o día festivo por cada dos:

el día libre comenzará a fin de la jornada normal de trabajo de la víspera. Este día libre podrá, según contrato, ser sustituido por horas libres a partir de las quince de cada domingo o día festivo; 3o.) El día de la fiesta de la Independencia, y el primero de mayo, desde las quince, en tanto dichos días no sean -- considerados como días libres, conforme al apartado segundo. Los días que la trabajadora doméstica está libre a partir de las catorce, quince o diecisiete horas, la jornada normal de trabajo, con inclusión del tiempo dedicado a las comidas, será de cinco, seis u ocho horas, respectivamente. Las horas libres prescritas en el presente Art.8, podrán según se convenga, en la proporción que constituyan, reducción de la jornada normal de trabajo, ser sustituidas por el número igual de horas libres en otro momento de la jornada comprendido en la jornada normal de trabajo que la trabajadora doméstica. La trabajadora doméstica que goce de un día enteramente libre y que no coma en el domicilio del empleador, tendrá derecho a compensación en metálico."

Art.9.-"La trabajadora doméstica, estará obligada a trabajar durante las horas libres prescritas en los Arts.7 y 8 cuando sea necesario a causa de enfermedad del empleador o de un familiar de éste o, en la agricultura, también a causa de enfermedad o parto de un animal. En caso no previsto en el párrafo -- primero, la trabajadora doméstica podrá según acuerdo al respecto, ser obligada a trabajar durante las horas libres prescritas en el Art.7. El empleador podrá obligarla a trabajar en las faenas de siembra y recolección aún durante las horas libres prescritas en el párrafo primero del Art.8."

Art.10.- "Por los trabajos ejecutados durante las horas libres la trabajadora doméstica recibirá una compensación, bien - en metálico, bien en horas libres, durante la jornada normal de trabajo. Todo trabajo ejecutado después de media noche, causará derecho a doble compensación. La compensación del doméstico en metálico, por horas será el cociente de dividir el salario normal mensual, de la trabajadora doméstica por cien. Sin embargo, en caso de que el trabajo ejecutado durante las horas libres, consista en cuidado de niños, asistencia de enfermos o causa de enfermedad de la familia del empleador, y en casos similares, -- la trabajadora doméstica, no tendrá derecho a compensación salvo si se hubiere convenido dicha compensación y su cuantía."

Art.11.- "En lo que concierne a las vacaciones anuales de la trabajadora doméstica serán aplicables las disposiciones establecidas respecto a vacaciones anuales de los demás trabajadores".

Art.12.- "Se entenderá por trabajadora doméstica menor - a los efectos de la presente ley, la trabajadora doméstica - que no hubiere alcanzado la edad de dieciséis años".

Art.13.- "Las precedentes disposiciones de la presente ley, serán igualmente aplicables a la trabajadora doméstica menor, - sin embargo, la jornada normal de trabajo con inclusión de las horas de comida, no podrán exceder de ocho horas libres por semana."

Art.14.- "El trabajador no podrá ser ocupado implicando un peligro de agotamiento o accidente, que pueda perjudicar su salud o a su desarrollo físico o riesgo para su moral. El empleador deberá velar por que la trabajadora doméstica menor -

goce de los descansos prescritos por las disposiciones del párrafo primero".

Art.15.- "La Comisión de Protección de menores del lugar donde esté domiciliado el empleador o si no existiere en el municipio, la comisión de asistencia deberá, previa indagación, si se perpetrare una infracción a las disposiciones del Art.13 y 14 de la presente ley o si una trabajadora doméstica menor - fuere tratada en el domicilio del empleador de tal forma que, a los efectos de ley sobre protección de menores fuere necesaria la aplicación de las medidas de protección prescritas por la dicha ley, significa al empleador un apercibimiento o prohibirle ocupar trabajadoras domésticas menores, en cuyo caso el contrato de trabajo será rescindido sin que tenga en cuenta el plazo de aviso previo".

Art.18.- "La trabajadora doméstica estará obligada a procurarse, a petición del empleador y a expensas de éste, un certificado médico sobre su estado de salud y a presentarlo al empleador".(6)

7.- REPUBLICA DOMINICANA.-

"La ley número 21920 del 11 de junio de 1951, dictó el - Código de Trabajo, (Gaceta Oficial, año 82, No. 7309-Bis), cuyo Art. 244, dice: "Que son trabajadores domésticos los que se dedican de modo exclusivo y en forma habitual y continúa a labores de cocina, aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono o sus parientes". Indu-

dablemente esta noción encuadra perfectamente en la más general de contrato de trabajo el que a tenor del Art.10. del mencionado Código, es el "Contrato por el cual una persona se obliga -- mediante una retribución a prestar su servicio personal a otra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta".

Respecto a la remuneración destaca el Art.246: "Salvo convenio en contrario, la retribución de los domésticos comprende, además de los pagos en dinero, alojamiento y alimento de calidad corriente. Los alimentos y habitación que se den al doméstico, se estiman como equivalente al 50% del salario que recibe el numerario".

El siguiente artículo se refiere a la jornada legal: "El trabajo de los domésticos no se sujeta a ningún horario, pero éstos deben gozar entre dos jornadas de un reposo de interrum-pido de nueve horas por lo menos". A continuación se agrega lo concerniente al descanso, en el Art.248. "Los trabajadores domésticos disfrutará de un período de descanso, un día de cada semana, desde las dos de la tarde hasta las horas habituales de entrada a su trabajo del día siguiente. "Finalmente se pre-vee el supuesto común de enfermedades contraídas por contagio, directo por el patrono, tiene derecho a gozar de un salario ín-tegro hasta su completo restablecimiento, conforme el Art,249".

(7)

8.- ECUADOR.-

"El decreto presidencial número 210 del 5 de agosto de - 1938, sancionó el Código de Trabajo en esta República y lue-

go fue modificado parcialmente, previéndose su beneficio en caso de enfermedad, por el decreto del 4 de noviembre de 1924. El T.III, de aquel Código se refiere a diversas modalidades del trabajo y en su Capítulo I, intitulado "SERVICIO DOMESTICO", regula a partir del Art.168 el contrato que nos ocupa. Define el objeto de nuestro tema diciendo que: "Es el que se presta mediante remuneración a una persona que no persigue fin de lucro y sólo se propone aprovechar en su morada de los servicios continuos del trabajador para sí solo o su familia, sea que el doméstico se albergue en casa del patrono o fuera de ella". El Art. 169 establece en forma meramente enunciativa, que este servicio comprende "las labores de amas de llaves, nodrizas, cocineras, ayas, pages de la llamada criada de mano y demás trabajos semejantes. No son domésticos sino que trabajadores sometidos a las reglas generales de este Código los que prestan sus servicios en hoteles, bares, fondas, posadas, hospitales o establecimientos análogos". En cuanto al término de contratación se dispone que "el servicio doméstico puede contratarse por tiempo determinado pero no podrá estipularse que durará más de un año a menos que conste la estipulación por escrito, autorizada por el comisario del trabajo y ni aún en esta forma por más de tres años. En todo caso los primeros quince días de servicio se considerarán como período de prueba, durante el cual cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, previo aviso de tres días pagándosele al doméstico el salario que hubiere devengado". (Art.170), "si no hubiere determinado el plazo, podrá cesar el servicio a voluntad de las partes previo del respectivo desahucio. El patrono que desahucie al doméstico estará

obligado a concederle la licencia de dos horas semanales para que busque nueva colocación en caso de despido intempestivo - para el cómputo de la indemnización se tomará en cuenta únicamente la remuneración en dinero que perciba el doméstico".(Art. 171". Si el sirviente no pudiere retirarse inopinadamente sin grave incomodidad o perjuicio para el patrono, estará obligado a permanecer en el servicio el tiempo necesario hasta que pueda ser reemplazado, salvo que deje en su lugar otra persona - aceptada por su patrono. Esta permanencia forzosa no podrá exceder de quince días. El doméstico que sin causa grave contraviene a esta disposición será juzgado como contraventor de segunda clase".(Art.172) para entender el sentido de estos textos extranjeros, merece destacarse "desahucio" para el derecho ecuatoriano, es el aviso cuando una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es terminar el contrato. Merece mencionarse por su contenido social el Art. 175, que dice: "Aparte - del salario que se fija, es obligatorio para el patrono proporcionar al trabajador doméstico alojamiento y alimentación a menos que el pacto sea contrario, y además dentro de sus posibilidades y de la limitación, que impone el servicio doméstico, proporcionar de la manera posible a su educación. Si es menor impúber, estará obligado a darle instrucción primaria". Los domésticos tienen derecho a un día de descanso cada dos semanas de servicio, los hayan servido más de un año sin interrupción en una misma casa, tendrán derecho a una vacación de quince días con salario íntegro (Art.176). Incluida de gran predicción la disposición del Art. 177: "si el doméstico quedare imposibilitado para el trabajo por el largo servicio que hubiere prestado al

patrono, éste no podrá despedirlo y lo conservará dándole los recursos necesarios para su subsistencia o le jibilará de acuerdo con la ley. Es obligatorio para los herederos el cumplimiento de esta obligación. A continuación plantea y resuelve el Código diversas situaciones de los menores consignados, es decir de las personas menores de dieciocho años que no pudieren conservar y educar sus padres, ascendientes o guardadores, quienes podrán consignar al menor por medio de la oficina de estadística o colocación o del comisionado del trabajo en calidad de sirvientes domésticos en cualquier casa de su confianza, siendo de destacar en estos casos que se condene acción popular para denunciar ante las autoridades del trabajo, los casos en que el patrono impongan labores excesivas, malos tratos al menor - consignado".(8)

9.- NICARAGUA.-

"Por decreto No.336 del 12 de enero de 1945, el presidente de la República de Nicaragua promulgó el Código de Trabajo en protección de trabajadores, por quienes entiende toda persona individual que por cuenta ajena presta bajo la dependencia directa o indirecta de otro un servicio material, intelectual o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo". (Art.3o.) El Capítulo II del Título tercero, regula los servicios domésticos, definiendo a los trabajadores domésticos, "los que se dedican en forma habitual o continúa a labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para

el patrón".(Art.131). Salvo prueba en contrario se presume que la retribución de los domésticos comprende además del pago en dinero, el suministro de habitación y alimentos de calidad corriente. (Art.132) pudiendo exigir el patrón como requisito especial del contrato, antes de formalizarlo, un certificado de buena salud extendido dentro de los treinta días anteriores, por cualquier médico.(Art.133). En cuanto a la duración de la jornada de trabajo, estipula el Art.134: "el trabajo de los domésticos no estará sujeto a jornadas de trabajo pero gozará de un descanso absoluto mínimo de ocho horas diarias. También tendrán derecho a descanso remunerado, durante medio día después de cada semana de trabajo ininterrumpido y durante un mes después de cada año de trabajo continuo en una misma casa".

Como antecedente ilustrativo es de notar que el Art.135, establece un período de prueba de los primeros quince días durante los cuales, cualquiera de las partes puede poner fin a la relación laboral, sin aviso previo ni responsabilidad. Toda enfermedad infectocontagiosa del trabajador o del patrón, o de las personas que habiten la casa donde se prestan los servicios domésticos, mas da derecho, a las partes para dar por terminado su contrato sin aviso previo ni responsabilidad.(Art.136). Toda enfermedad del trabajador doméstico que lo incapacite para sus labores durante más de una semana, dará derecho al patrón a dar por concluído el contrato sin otra obligación que pagarle un mes de salario por el primer año de trabajo ininterrumpido y una semana más por cada uno de los otros años de servicio, se entenderá comprendido para un año siguiente una fracción no menor de tres meses (Art.137). Sin embargo, si la enfermedad ha

sido contraída por el trabajador doméstico por contagio del patrono o de las personas que habitan la casa, aquél tendrá derecho a gozar de un salario íntegro, hasta su total restablecimiento y que se le cubran los gastos que por tal motivo deba ser, (Art.138) es también justa causa para que el trabajador ponga término al contrato sin responsabilidad de su parte, -- seguir al patrón a otro domicilio aunque a ello se haya obligado, cuando, seguirlo, le venga un daño considerable o un peligro real y manifiesto.(Art.139). En caso de muerte del trabajador doméstico, el patrón sufragará los gastos del sepelio, con tal que aquel hubiere trabajador por un año continuo o más al servicio del patrón. (Art.140)". (9)

10.- MEXICO.-

"En cumplimiento a lo dispuesto en el Art.123 de la Constitución Política de los Estados Mejjicanos, en 1931 se dictó - la Ley Federal del Trabajador, cuyo Art.129 dice: "que doméstico es el trabajador de uno u otro sexo que desempeña habitualmente las labores de aseo, asistencia y demás del servicio interior de una casa u otro lugar de residencia o habitación. No se aplicarán las disposiciones especiales en este capítulo -se refiere al Capítulo XIV del Título II-, sino las del contrato de trabajo en general, a los domésticos que trabajen en hoteles, hospitales y otros establecimientos comerciales análogos". A continuación se enumeran las obligaciones del patrón para con el doméstico: 1) tratarle con la debida consideración y abstenerse de maltratarlo de palabre u obra; 2) suministrarle ali-

mento o habitación salvo convenio expreso en contrario; 3) en caso de enfermedad que no sea crónica, pagarle su sueldo hasta por un mes, aunque no trabaje y proporcionarle asistencia médica hasta que se logre su curación o se haga cargo de él alguna institución de beneficencia pública o privada; 4) darle oportunidad para que asista a las escuelas nocturnas, y 5) en caso de muerte sufragar los gastos del sepelio. Por otra parte "salvo expresamente lo pactado, la retribución del doméstico comprende además del pago en numerario, los alimentos y la habitación que se le dé al doméstico.

Para todos los efectos de esta ley, los alimentos y la habitación se considerarán equivalentes al 50% del salario que perciba el numerario."(Art.131).Actualmente el S.D. está regulado en el Art.331 y sig. de la nueva ley Federal del Trabajo".
(10)

11.- COSTA RICA.-

"Desde el quince de septiembre de 1943 está en vigencia - en esta República el Código de Trabajo, sancionado el 23 de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, por el congreso constitucional regulando los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de justicia social, según reza su Art.10. como nota peculiar corresponde señalar que se ordena señalar por escrito casi todos los contratos de trabajo, exceptuando solamente de ello al igual que las labores propiamente agrícolas o ganaderas los servicios domésticos (Art.22). Son trabajadores domésticos, según el Art.101, los que se dedican en forma habitual

y continúa a labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o dentro del sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.

En cuanto a la remuneración se establece que salvo prueba en contrario, se presume que la retribución de los domésticos comprende además del pago en dinero, el suministro de habitación y alimentos de calidad corriente (Artículo 102). Por lo demás las otras disposiciones son muy análogas a las del contrato de trabajo de Nicaragua que hemos analizado. Así se establece que "el patrono no podrá exigir como requisito esencial del contrato, antes de formalizarlo, un certificado de buena salud, expedido dentro de los treinta días anteriores por cualquier médico que desempeñe un cargo remunerado por el Estado o por sus institutos quien lo extenderá en forma gratuita".(Art.103).

El trabajo de los domésticos no está sujeto a horario ni a las disposiciones de los Arts.147 y 149 que se refieren a la prohibición de trabajar en días feriados-, pero gozarán de un descanso absoluto mínimo de diez horas diarias. También tendrá derecho, por lo menos a vacaciones ininterrumpidas, y durante una semana después de cincuenta semanas de trabajo continuo al servicio de un mismo patrono" (Art.104).

En los contratos de trabajo relativos al servicio doméstico, los primeros quince días se considerarán de prueba y cualquiera de las partes puede ponerles fin por su propia voluntad sin aviso previo ni responsabilidad. Después de este período será necesario dar un aviso con quince días de anticipación o, en su defecto, abonar el importe correspondiente; pero si el servi

dor doméstico tiene más de un año de trabajo continuo, deberá observarse la regla del inciso c) del Art.28".(Art.105).Aclaramos que esta regla estipula, respecto a los contratos de trabajo en general, que después de un año de trabajo continuo, para poner término a un contrato de tiempo indefinido, debe darse un aviso previo a la otra parte de un mes de anticipación.

También se prevén los frecuentes casos de enfermedad y - así se dispone que, "toda enfermedad infecto-contagiosa del patrono o de las personas que habitan en la casa donde se prestan los servicios domésticos, da derecho al trabajador para dar por terminado su contrato sin aviso previo ni responsabilidad". - (Art.126). Igual derecho tiene el patrono, salvo que la enfermedad haya sido contraída en los términos del párrafo segundo del artículo siguiente (107), que dice: "toda enfermedad del - trabajador doméstico que no sea leve y que lo incapacite para sus labores durante más de una semana, dará derecho al patrono si no se a las prescripciones del artículo setenta y nueve -a decir, salvo que el patrono decida de la suspensión, cuando - la incapacidad no sobrevenga por un término mayor de tres meses- a dar por concluído el contrato una vez transcurrido dicho término, sin otra obligación que pagar a la otra parte un mes de salario por cada año de trabajo continuo, o fracción no menor de tres meses.

Esta indemnización no podrá exceder del importe correspondiente a cuatro meses de salario. Sin embargo, si la enfermedad ha sido contraída por el trabajador doméstico por contagio directo del patrono o de las personas que habitan la casa,aquél tendrá derecho a gozar de un salario íntegro hasta un total res

tablecimiento y a que se le cubran los gastos que con tal motivo deba hacer". Finalmente, "son también justas causas para - que el patrono ponga término al contrato, sin responsabilidad de su parte, la falta de respecto o el maltrato, sin responsabilidad por parte del trabajador doméstico hacia las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios, y la desidia manifiesta de este cumplimiento de sus obligaciones".(11)

12.- BOLIVIA.

"Hasta que fue dictada en Bolivia la Ley General del Trabajo del 8 de diciembre de 1942, el trabajo del personal que nos ocupa carecía de protección legislativa especial, debido a que según afirma Linares y Zambrana, "a la naturaleza de este servicio, realizado en la intimidad de los hogares y sin - espíritu de lucro".

El Art.36 de esta ley define al trabajo doméstico como - "el que se presta en forma continua y a un solo patrono, en menesteres propios del servicio de un hogar. Puede contratarse - verbalmente o por escrito, siendo esta última forma obligatoria si el plazo excediere de un año, y requiriéndose además el registro en la Policía de Seguridad". Ya con anterioridad igual requisito de inspección se exigió por la ley del 11 de noviembre de 1886, Art.26. También prevee esta ley general un preaviso a otorgarse antes de rescindir los contratos por tiempo indeterminado, al establecer: "En los contratos por tiempo indeterminado el doméstico podrá ser despedido con aviso previo de quince días o una indemnización equivalente al salario de este período, salvo que el despido se opere por causa del doméstico,

hurto, robo, inmoralidad, enfermedad contagiosa, etc. Los domésticos no podrán retirarse sin aviso previo de quince días, perdiendo si no lo hacen el salario de dicho tiempo, salvo que mediaren malos tratamientos, injurias, ataques a la moral o enfermedades infecto-contagiosas (Art.37). Se otorga también el beneficio de las vacaciones anuales, según el Artículo 38, a los domésticos que hubieren prestado servicio sin interrupción por más de un año, en la misma casa, gozarán de una vacación - anual de diez días con goce de salario íntegro". Muy sabia también resulta la cláusula 39, cuando expresa "los domésticos no estarán sujetos a horario, acomodándose su trabajo a la naturaleza de la labor; pero deberán tener normalmente un descanso - diario de ocho horas, por lo menos, y de seis horas un día de cada semana. "E igualmente en caso de enfermedad del doméstico, el patrono le proporcionará las primeras curaciones y auxilios médicos, y lo trasladará de su cuenta a un hospital".(Art.40)".

(12)

13.- PUERTO RICO.-

"El Código Civil de Puerto Rico comprende en sus disposiciones, al igual que el nuestro, conceptos generales sobre el "contrato de Trabajo" (Locación según Vélez Sarfield), expresando el Art.1432 que el arrendamiento puede ser de cosas o de obras o de servicios. El Capítulo III, intitulado "Del arrendamiento de obras y servicios, sección primera, de los servicios profesionales y de los servicios de criados y trabajadores asalariados", determina que pueden arrendarse los servicios de criados y trabajadores sin tiempo y por cierto tiempo. El -

arrendamiento hecho por toda la vida es nulo. En cuanto a los servidores profesionales se estará para la remuneración de los mismos, a lo convenido entre las partes; cuando no hubiere convenio y surgieren diferencias, la parte con derecho a la ante remuneración podrá reclamar y obtener el juicio de la otra parte, ante cualquier corte de Jurisdicción competente, el importe razonable de dichos servicios. Admite el despido en los siguientes términos el Art.1474: "El empleado para el servicio doméstico ya sea para atenciones personales del cabeza de familia o en general para el servicio de éstas cuyo contrato de servicios se haya verificado por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero si el principal despide al empleado sujeto a estas condiciones, sin justa causa, - debe darle indemnización pagándole el salario devengado y el de quince días más".(13)

14.- COLOMBIA.-

"El decreto No.2.663 del 5 de agosto de 1950, sobre el Código sustantivo del trabajo de Colombia es de aplicación muy amplia, ya que entiende por trabajo regulado en este Código, a "toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, - permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta concientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo".(Art.5o.). A su vez contrato de Trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal - a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependen

cia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, según el Art.23. Es por ello que también el trabajador doméstico se halla amparado por las normas protectoras de este Código. En efecto, una de sus conquistas, es el auxilio de cesantía que está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en el Capítulo VII, al terminar el contrato de trabajo, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. Solamente perderá este derecho el trabajador si el contrato termina por alguna de las siguientes causas:

a) Todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro o del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad o el personal directivo de la empresa.

b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinaria y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo;

c) El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o de a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio grave para la empresa.

Si bien el Art.251 establece que no tienen derecho al auxilio de cesantías: a) los trabajadores accidentales o transitorios; c) los artesanos que trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen más de cinco trabajadores permanentes extraños a su familia, es evidente que se aplica a los servicios domésticos porque así se deduce del Art. 254 modificado por el decreto No.905, del 20 de abril de 1951, que dice textualmente: "1) los trabajadores del servicio doméstico, los de em-

presas industriales de capital inferior a veinte mil pesos, --
tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince -
días de salario por cada año de servicio y proporcionalmente -
por fracciones de año; pero en los demás quedan sujetos a las
normas sobre este auxilio; (2) para la liquidación del auxilio
de cesantía de los trabajadores domésticos sólo se computará el
salario que reciban en dinero".(14)

15.- GUATEMALA.-

"Según el decreto No.330 del 8 de febrero de 1947, que in-
stituye en Guatemala el Código de Trabajo, en general todos los
contratos laborales deben celebrarse por escrito, en tres ejem-
plares, pero el Art.27 exceptúa de tal formalidad al contrato
de servicio doméstico, al igual que a las labores agrícolas o
ganaderas, o a los trabajos accidentales, temporales que no --
excedan de sesenta días y a la prestación de un trabajo para
obra determinada, siempre que el valor de ésta no exceda de -
cien quetzales y, si se hubiere señalado plazo para la entrega,
siempre que éste no sea mayor de sesenta días. El título IV que
regula los trabajos sujetos a regímenes especiales, se refiere
en el Capítulo 4o. a los trabajos domésticos llamados a dichos
trabajos como los que se dedican en forma habitual y continua
a labores de aseo, asistencia y demás, propias de un hogar o de
otro sitio de residencia o habitación particular, que no impor-
ten lucro o negocio para el patrono (Art.161).Análogamente a
como se regula en otros países ya analizados se preveen iguales
situaciones de hecho. Así, "salvo pacto en contrario, la retri-
bución de los trabajadores domésticos comprende, además del pa

go de dinero, el suministro de habitación y mantención (Art.162)
"El patrono puede exigir al trabajador doméstico antes de formalizar el contrato de trabajo y requisito esencial de éste, la presentación de un certificado de buena salud, expedido por dentro de los treinta días anteriores por cualquier médico que desempeñe un cargo remunerado por el Estado o por sus instituciones quien lo debe extender en forma gratuita".(Art.163) "El trabajo doméstico no está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo y tampoco le son aplicables los artículos 126 y 127 -que establecen el descanso habdomadario y en días festivos. Sin embargo, los trabajadores domésticos gozan de los siguientes derechos: a) deben disfrutar de un descanso absoluto mínimo y obligatorio de diez horas diarias, de las cuales por lo menos ocho han de ser nocturnas y continuas y dos deben destinarse a las comidas y b) durante los días domingos y feriados que este Código indica deben forzosamente disfrutar de un descanso adicional de seis horas remuneradas".(Art.164).

Los casos de enfermedad se rigen por las siguientes reglas.
a) todas enfermedades contagiosas o infecto-contagiosas del patrono o de las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios domésticos, da derecho al trabajador para dar por terminado su contrato, a menos que se trate de afecciones para las que existen y hayan sido tomadas medidas de prevención de probada eficacia. Igual derecho tiene el patrono respecto del trabajador doméstico afectado por enfermedad infecto-contagiosa, salvo que ésta haya sido contraída en los términos del inciso d); b) toda enfermedad del trabajador doméstico que sea leve y

que lo incapacite para sus labores durante una semana o menos, obliga al patrono a suministrar asistencia médica o medicinas; c) toda enfermedad del trabajador doméstico que no sea leve y que lo incapacite para sus labores durante más de dos semanas, da derecho al patrono, si no acoge a las precripciones del Art. 67, a terminar el contrato, una vez transcurrido dicho término, sin otra obligación que la de pagar a la otra parte un mes de salario por cada año de trabajo continuo o fracción de tiempo no menor de tres meses. Esta indemnización no puede exceder del importe correspondiente a cuatro meses de salario; d) en los ca sos del inciso anterior, si la enfermedad ha sido contraída por el trabajador doméstico, por contagio directo del patrono o de las personas que habitan la casa, aquél tiene derecho a percibir su salario íntegro hasta su total restablecimiento y a que se le cubran los gastos que con tal motivo deba hacer; e) en todo caso de enfermedad que requiera hospitalización o aislamiento, el patrono debe gestionar el asilo del trabajador doméstico en el hospital o centro de beneficencia más cercano y costear los gas tos razonables de conducción y demás atenciones de emergencia y dar aviso inmediato a los parientes más cercanos; f) si como consecuencia de la enfermedad el trabajador doméstico fallece en casa del patrono, éste debe costear los gastos razonables de inhumación" (Art.165). "Son también justas causas para que el patrono ponga término al contrato sin responsabilidad de su par te, la falta de respeto, el maltrato notorio del trabajador doméstico para las personas que habitan la casa donde se pres- tan los servicios y la desidia manifiesta de éste en cumplimiento de sus obligaciones" (Art.166)".(15)

16.- NORUEGA.-

'La ley provisional No.5 del 3 de diciembre de 1948, referente a las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos, regula en Noruega la actividad de la gente a que nos estamos refiriendo, definiéndose por ésta las personas "que efectúan trabajos de índole puramente doméstica en el domicilio del empleador y en faenas conexas" y aclara el Art.lo. que no se aplicará a) los empleados domésticos a quienes se de aplicación de la ley de protección a los trabajadores, o a la provisional sobre condiciones de empleo de los trabajadores agrícolas; b) a los empleados domésticos que pertenezcan a la comunidad del domicilio del empleador y estén emparentados con él o con su cónyuge que viva bajo el mismo techo, por línea ascendente o descendente directa o colateral hasta el segundo grado o relacionados con él por lazos de afinidad o adopción análogos; c) a los contratos de servicio doméstico con un mismo empleador, de duración que no exceda de un mes. El contrato deberá hacerse por escrito si así lo exigieren el empleador o empleado y el aviso de terminación del contrato deberá efectuarse con antelación de catorce días a menos que las partes hayan convenido de otro modo en el contrato escrito. Durante dichos catorce días, el empleado doméstico tendrá derecho a disponer del tiempo necesario cada día para visitar las oficinas de colocación de trabajadores, en las horas de despacho público, en las mismas. En caso de enfermedad inculpable del empleado, no podrá su empleador rescindir la relación laboral hasta pasadas cuatro semanas como mínimo, desde la iniciación de la incapacidad, e igual regla se si-

que en caso de enfermedad del empleador. Minucioso es lo previsto en el Art.5o. en cuanto al alojamiento: 'la habitación destinada a alojamiento del empleado doméstico con derecho a ello, deberá reunir todos los requisitos exigidos por la ley sobre edificios respecto a locales destinados a servir de habitación, si los preceptos de dicha ley fueren de aplicación al caso, a no ser que la Junta de Sanidad hubiere autorizado el uso de dicha habitación. Deberá ésta, además, reunir los requisitos generales en cuanto a higiene, prescritos para los locales destinados a estancia o dormitorio de personas. Deberá poder cerrarse con llave, estar amueblada adecuadamente y tener las condiciones de idoneidad necesarias en cuanto a calefacción y alumbrado. El empleado doméstico deberá disponer de su propio lecho y de un lavado en la habitación si no pudiere hacer uso del cuarto de baño de una sala especial para su aseo. Deberá tener asimismo, un armario ropero o cómoda que pueda cerrarse con llave; tendrá derecho a tomar un baño por semana si el empleador disponer de instalación al respecto en estado de uso. No podrá exigirse al empleado o empleada doméstica pernoctar en la misma habitación que los niños de la casa en que prestan sus servicios". Es asimismo esta ley probablemente la única que prescribe la prevención y cuidado ante los riesgos de accidente, ya que el empleador deberá cuidarse de que el trabajador doméstico y sus trabajos se efectúe en las condiciones adecuadas posibles y en la forma más satisfactoria que permiten las circunstancias a fin de evitar, en todo lo posible, los accidentes y otros riesgos para la vida y salud del empleado. Por su parte, el empleado do

méstico estará obligado a actuar con prudencia y a hacer todo cuanto esté a su alcance para evitar accidentes y otros riesgos para su vida, salud y bienes para el empleado. (Art. 6o.). Como las leyes análogas, establece para el empleador la obligación de otorgar un certificado de servicios a su empleado. En cuanto a la duración de la jornada, distingue la ley entre la jornada normal y la jornada extraordinaria en sus Artículos 8o. y 9o. La jornada normal de los empleados domésticos será de diez horas, las cuales deberán efectuarse entre las siete de la mañana y las siete y media de la tarde. Los intervalos dedicados a comidas, en el curso de la jornada, se considerarán integrantes de dicha jornada de trabajo, se considera empleado doméstico con deber de trabajar un número de horas mayor del indicado en el Art. 8o. de esta ley, se consideran dichas horas como extraordinarias. Sin embargo, no se consideran dichas horas extraordinarias las trabajadas sobre la jornada corriente en estos casos: a) cuando el trabajo en horas superiores a las corrientes se necesario para la protección de la vida o los bienes de alguna persona a consecuencia de accidentes u otro hecho extraordinario e imprevisto; b) si el empleado doméstico, alojado en la casa del empleador hubiere aceptado la guarda de la casa, de niños o ancianos, u otro servicio análogo en horas fuera de la jornada normal de trabajo, siempre que tales servicios no se efectúen con mayor asuididad de la prescrita en el Art. 10 de la ley. Este texto fija un máximo de trabajo extraordinario, el que no puede exceder de más de diez veces en plazo de cuatro semanas naturales consecutivas, entre las siete y media de la tarde y las siete y media de la mañana siguiente," a menos que puedan aplazarse

por razón de enfermedad u otra circunstancia de fuerza mayor". En cuanto al pago de estas horas extraordinarias, "se abonarán mediante compensación en tiempo libre o pago de las mismas a pleno salario, con un aumento, en uno y otro caso, de un 25% sobre la hora normal. Para el cómputo del salario de la hora normal, se agregará al salario en metálico que el empleado perciba el valor de la manutención y alojamiento si disfrutare de ello el empleado, valor que se calcula en vez y media del importe evaluado por las autoridades fiscales, para establecer la base del impuesto. Además se considera a tales efectos, como número de horas normales de trabajo en un mes, la de doscientas horas".(Art.11). Las horas libres otorgadas en compensación de las horas extraordinarias deberán concederse en el plazo de las dos semanas siguientes, y el pago en metálico de aquéllas se harán, lo más tarde al efectuarse el pago de salarios siguiente e inmediato. Tanto las horas extraordinarias atribuidas como el tiempo libre otorgado en compensación de ellas, deberán anotarse cada vez en una libreta o lista que podrán en todo momento examinar y comprobar tanto el empleados como el empleado. Por otra parte estas reglas, referentes a la duración de la jornada normal y horas extraordinarias, no se aplicarán a los empleados domésticos que trabajan en sustitución de amas de casa, o que se ocupen de la guarda de enfermo, ancianos o niños de corta edad. También concede la ley descansos periódicos de cada quince días, estipula una edad mínima para iniciarse en el trabajo (15 años), invalida los contratos que se celebren en violación de la misma, crea una autoridad de aplicación, el consejo de Inspección de Trabajo, quien podrá fijar multas a

los contraventores, aunque éste en fracciones sólo serán perseguidas jurídicamente a instancia de la persona damnificada".
(16)

17.- PANAMA.-

"La ley No.67 del 11 de noviembre de 1947, por la cual se adopta el Código de Trabajo en la República de Panamá, regula el servicio doméstico de muy similar manera como lo han hecho otros países Hispanoamericanos, según hemos ya analizado. Singular es el fin que se propone: "El presente Código regula las relaciones entre el capital y el trabajo, colocándolas sobre una base de justicia social, de modo que, sin perjudicar ninguna de las partes se garanticen al trabajador las condiciones necesarias para una vida normal y al capital una compensación equitativa de su inversión". También es importante consignar la noción de dependencia que dá el Art.70.: "Por dependencia continua se entiende la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y someter a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiere al trabajo". Como en otros países limítrofes, determina la ley que debe constar por escrito todo contrato de trabajo, salvo los que se refieren a: labores agrícolas o ganaderas, servicio doméstico, trabajos accidentales o temporales que no excedan de tres meses, obra determinada cuyo valor no pase de cien balboas, servicios y obras que se contraten en poblaciones no mayores de quinientos habitantes. El Art.100, define a los trabajadores domésticos, diciendo que: "son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, asistencia y demás,

propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, o de instituciones de beneficencia pública que no importen lucro o negocio para el patrono". La edad de doce años, es indispensable para crearse como doméstico. Salvo prueba en contrario, se presume que la retribución de los domésticos comprende además del pago en dinero, el suministro de alimentos de calidad corriente. También puede el patrono exigir antes de formalizar la relación, un certificado de salud previo, en cuanto a la jornada laboral, dispone el Art.104: "El trabajo de los domésticos no estará sujeto a horario ni a disposiciones sociales sobre días festivos; pero gozarán ellos de un descanso absoluto mínimo de catorce horas diarias de descanso semanal y vacaciones remuneradas".

El contrato de trabajo relativo al servicio doméstico, los primeros diez días se considerarán de prueba y cualquiera de las partes puede ponerle fin por su propia voluntad, previo aviso verbal de 24 horas, cuya existencia se presumirá mientras no se pruebe lo contrario. Después de dicho período probatorio, para terminar un contrato será necesario dar un aviso con una semana de anticipación o en su defecto abonar el importe correspondiente, pero, si el trabajador doméstico no tiene más de un año de trabajo continuo deberá darse el preaviso con un mes de anticipación". (Art.105), se determinarán también los casos más comunes de rescisión del contrato. Tendrá este derecho el empleado en caso de enfermedad infecto-contagiosa del patrono, en caso de enfermedad de las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios, al igual que el patrono en oportunidad de enfermarse el empleado, salvo que este último acontezca por

contagio directo del patrono o de las personas que habitan la casa. En este evento el trabajador tendrá derecho a licencia hasta su total restablecimiento, a que se le asista en su enfermedad y a que se le pague su salario íntegro, durante el primer mes de ella. En cuanto a las enfermedades del trabajador que no sea leve y que lo incapacite para sus labores durante más de dos semanas dará derecho al patrono, dispone el Art.107, a dar por concluído el contrato, una vez concluído dicho término, sin otra obligación que pagar a la otra parte un mes de salario por cada año de trabajo continuo o fracción de tiempo no menor de seis meses. Esta indemnización no podrá exceder del importe correspondiente a tres meses de salario. Se agrega a continuación "que son también justas causas para que el patrono ponga término al contrato, sin responsabilidad de su parte, la falta de respeto o el mal trato notorio del trabajador doméstico para las personas que habitan la casa donde se prestan los servicios, la incapacidad manifiesta de éste en el cumplimiento de sus obligaciones y cualquiera de las previstas en el Art.81. Igual facultad debe concederse al trabajador doméstico cuando el patrono o alguna de las personas que habitan la casa donde el primero presta sus servicios es responsable del irrespeto y maltrato a que se refiere esta disposición". Finalmente agrega que el trabajador doméstico tiene derecho a que su patrono le dé oportunidad para asistir a la escuela nocturna. Aclaro que al proveer la ley las causas justas de rescisión de todo contrato laboral, enumera taxativamente en su Art.81 las siguientes: lo.) la conducta inmoral del trabajador durante las labores contrac-

tuales; 2o.) incurrir el trabajador durante sus labores en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrono, sus familiares y negociación; 3o.) cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrono, sus familiares y compañeros de trabajo, jefes de taller, algunos de los actos a que se refiere el inciso anterior si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento del contrato; 4o.) la comisión por parte del trabajador de algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono; o el causar, por manifiesta negligencia o intencionalmente, un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo; 5o.) la revelación por parte del trabajador de los secretos a que alude el inciso 3, del Art.41. (secretos técnicos, comerciales o de fabricación); 6o.) el hecho de que el trabajador comprometa con imprudencia o descuido inexcusable la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren; 7o.) el que el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada dos días consecutivos o durante cuatro lunes en el curso del año, o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes. Se tendrá como lunes, para efectos de este inciso, el día que siga a uno de fiesta; 8o.) la negativa manifiesta y reiterada del trabajador de adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o el de no acatar el trabajador, en igual forma y en perjuicio del patrono las normas que

éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia de aquellas labores que se están ejecutando; 9o.) el hecho de que el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, reincida en infringir las prohibiciones previstas en los incisos 2, 7 y 8 del Art.42- faltar al trabajo sin causa justa, hacer dentro del establecimiento en horas de labor propaganda o colecta de fondos, ya que las contribuciones sindicales pueden recaudarse por las autoridades en horas de pago, euspender sus labores sin causa justificada o sin la licencia de patrono- 10) la inhabilidad o la ineficacia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento del contrato; 11) el perder la confianza del patrono el trabajador que desempeñe labores de fiscalización o dirección; 12) el no cumplir el trabajador las exigencias del Art.69- obligación del trabajador de avisar al patrono de la causa que le impide asistir al trabajo-; 13) el descubrimiento de que el trabajador padece enfermedad infecciosa o mental incurable, la adquisición de enfermedad transmisible, de denuncia o aislamiento no obligatorio, cuando el trabajador se niegue al tratamiento y constituya peligro para terceros; 14) el que el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato".(17)

18.- VENEZUELA.-

"El decreto del 21 de octubre de 1947 de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela, estableciendo la Ley de Trabajo, puede situarse en la vanguardia de la avanzada de protección a la clase trabajadora que se ha concretado en estos -

últimos años. Para fundar tal aseveración, bástanos referir - que dicha ley ha llegado a obligar a las empresas a distribuir entre todos sus trabajadores, por lo menos, el diez por ciento de la utilidad líquida que hubiere obtenido al fin del ejercicio anual, reglamentando minuciosamente la distribución y determinación de esta participación (Art.76 y siguientes).

El Art.97 no define a los trabajadores objeto de nuestro tema, solamente enumera como tales a los choferes particulares sirvientes, cocineros, niñeras, lavanderas y a "los otros oficios de esta misma índole", al mismo tiempo aclara que éstos no estarán sujetos a horarios, su trabajo será determinado por la naturaleza de su labor y deberán tener normalmente un descanso absoluto mínimo de nueve horas, gozarán por lo menos de medio día de descanso semanal, el descanso comenzará a la hora del almuerzo, e igualmente estipula vacaciones anuales de quince días con goce de sueldo íntegro para quienes revisten en la misma casa la antigüedad de un año ininterrumpido. Cualquiera de las partes puede poner término al contrato, pero dando a la otra un aviso con quince días de anticipación o abonándole - quince días de sueldo. No obstante, el patrono puede hacer cesar sin aviso previo los servicios, pagándole al obrero o empleado doméstico solamente los días servidos, en los casos de abandono, falta de probidad, honradez o moralidad; en los casos de la falta de respeto o maltrato a las personas de la casa en los de desidia o falta de cumplimiento de sus deberes. A su vez los empleados y obreros domésticos tendrán derecho a dar por terminado el contrato y exigir el pago de un mes de sueldo en los casos de maltrato del patrono o de persona de la casa, o -

de conato para inducirlo a un acto criminal o inmoral. Finalmente, la enfermedad contagiosa de una de las partes o de las personas que habitan en la casa, da derecho a la otra parte para poner fin al contrato sin aviso. El patrono tendrá la obligación de trasladar por su cuenta al empleado u obrero enfermo a un hospital o casa de beneficencia." (18)

19.- ITALIA.-

"El Código Civil italiano ha advertido la relevancia de la relación laboral doméstica, dedicándole una sección autónoma, Artículos 2,240 al 2,246. El texto introductor no define "la prestación de servicios de carácter doméstico", pero las otras disposiciones se refieren al período de prueba, a la comida, alojamiento y asistencia, al período de reposo, al retiro, a la indemnización de antigüedad y al certificado de trabajo. El derecho italiano entiende que la relación de servicio doméstico debe regularse exclusivamente en el Código Civil porque según Barassi, existe el peligro de reglamentar dentro del derecho eso que se ha considerado hasta hoy como los cánones flexibles de la "humanidad" familiar, la cual prescribe, por ejemplo, que deba curarse a expensas del patrón, sin menoscabo de la retribución, la pequeña enfermedad, cualquiera sea su causa".

La ley No.35 del 18 de enero de 1952, por la que se extiende el seguro de enfermedad a los trabajadores que presten servicios familiares domésticos, dispone en su Art.1o. que quedan sujetos al seguro obligatorio de enfermedad todos los trabajadores remunerados en efectivo o en especies que presten sus servicios personales y domésticos continúa y primordialmente du-

rante cuatro horas diarias como mínimo para el mismo empleador. Se reputarán trabajadores que prestan servicios personales y domésticos los de uno y otro sexo que, a cualquier título, trabajen para proveer a las necesidades de la vida familiar, bien sean trabajadores especialmente calificados (preceptores, institutrices, ayos, guardadoras diplomadas de niños, mayordomos, cocineros, conductores de automóviles, cocheros, paraferneros, amas de cría, costureras, porteros, guardas y jardineros) o bien ejecuten labores domésticas de tipo general (criadas para todo, lavanderas, niñeras, ayudas de cámaras, mozos para trabajos de fuerza). Quedan excluidos los parientes de los trabajadores que prestan servicios como familiares o domésticos.

También especifica la ley los beneficios que se otorgan - "dichos trabajadores tendrán derecho a las siguientes prestaciones atribuidas por un período máximo de ciento ochenta días, a tenor del párrafo 3o. del Artículo 6o. de la ley No.138 del 11 de enero de 1943: a) asistencia sanitaria general, a domicilio y en dispensario; b) asistencia y tratamiento especial en dispensarios; c) productos farmacéuticos; d) hospitalización; e) asistencia obstétrica. Las prestaciones indicadas en a, b, y c, serán concedidas en la medida y con los límites y modalidades que se determinarán por vía de reglamento".(19)

20.- BULGARIA.-

"En esta nación se haya legislado el servicio doméstico - por el reglamento del Ministerio de Política Social del 29 de octubre de 1947, relativo a las condiciones de trabajo de los empleados de casa. El artículo 1o. de este reglamento establece

que sus disposiciones rigen "las condiciones de trabajo de los empleados de casa, ocupados en una necesidad mediante salario, estén o no alojados dentro de la casa".

No se aplica en cambio a los asalariados que trabajen menos de cinco horas por día o menos de tres días por semana. En cuanto a la jornada laboral, ésta no puede exceder de diez horas por día y debe ser cumplida, salvo circunstancias particulares, entre las seis y veintidós horas. Uno de los reposos - diurnos ha de tener una duración mínima de dos horas. Respecto al descanso hebdomadario, él es de dos medios días libres, uno de los cuales ha de caer domingo. En estos casos el trabajo debe terminarse a las quince horas a más tardar. En lugar de dos medios días libres, puede constituirse por un día entero. Se destaca un detalle; el empleado debe retornar, después de gozar de su medio día libre, a las 21 horas desde el 15 de mayo al 14 de octubre y a las veinte horas desde el 15 de octubre al 14 de mayo. De cumplirse horas suplementarias, que sólo son autorizadas en situaciones extraordinarias, el empleado tiene la obligación de abonar dichas horas con un recargo de un 25% como mínimo que necesite para acudir a la escuela en los cursos elementales o a otro lugar de enseñanza, durante las horas correspondientes, horas que "pueden ser pagadas".

El salario se paga también en especies. Debe recibir una nutrición suficiente, la misma que la de los miembros de la familia. El que trabaje en la casa cuatro horas consecutivamente, tiene derecho a una comida, por lo menos. Si se aloja junto al empleador, debe proveérsele de lecho, confortable y también tiene derecho a ser provisto de ropas de trabajo. El empleador

y los miembros de su familia deben dispensar al doméstico buenos modales de estima , mutua y buenas relaciones, dejándole en condiciones de ejecutar su tarea. En cuanto a las obligaciones del empleado, ellas son las de ejecutar concientemente su trabajo, ni puede abandonar su labor sin permiso previo. En caso de enfermedad del empleado doméstico, el médico que la asista decidirá si debe de dejar de trabajar y si es indispensable trasladarlo a un hospital. Durante la enfermedad del empleado alojado en la casa del patrono, éste debe adoptar las medidas necesarias para su tratamiento.

Al finalizar el contrato, ha de otorgarse un certificado de trabajo al empleado".(20)

21.- BRASIL.-

"Según el decreto y ley número 3078 del 27 de febrero de 1941, en Brasil son considerados como trabajadores domésticos todos aquellos que cualquiera que sea su profesión, presten servicios en las casas particulares y para provecho de las mismas, mediante remuneración. Es obligatorio el uso de la libreta de trabajo para los domésticos, en la cual se anotan datos de identidad de certificado de buena conducta y de vacunación de sanidad.

El contrato de locación de servicios domésticos se resuelve por la simple manifestación de voluntad de uno de los contratantes. Después de seis meses de servicios permanentes y exclusivos la denuncia tendrá lugar mediante un preaviso de ocho horas, dado por la parte denunciante. La falta de preaviso se

sustituye mediante una indemnización correspondiente a las ocho horas de salario, pudiendo el empleador reducirla del salario - devengado. Son deberes del empleador, conforme al Artículo 6o., tratar al trabajador con cortesía, respeto a su honor e integridad física, pagar puntualmente los salarios estipulados, asegurar al empleado condiciones higiénicas de alimentación y alojamiento, los deberes del trabajador son: prestar obediencia y respecto al empleador, a las personas de su familia y a las personas que transitoriamente moren en la casa; tratar con delicadeza a quienes recurren a sus servicios; desempeñar su trabajo con diligencia y probidad; responder pecuniariamente por los daños causados por su injuria o su falta de exclusiva. En caso de infracción del empleador a sus obligaciones contractuales podrá el trabajador denunciar inmediatamente el contrato y aquél deberá pagarle una indemnización correspondiente a ocho horas de salario; si faltare el empleado podrá ser despedido sin preaviso."

(21)

BIBLIOGRAFIA

- (1) LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Artículo Publicado en la Rev. Internacional del Trabajo. Vol.XXXVI, No.1, Julio de - 1947, Pág.43 a 53, denominado "Los Servicios de Asistencia doméstica".
- (2) ESPAÑA. Pidal, Juan M.,Derecho Social Español, Vol.II, Pág.29 a 33.
- (3) ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA. Frieda S.Miller, Rev.Internacional del Trabajo, Vol.XLVI No.4, Pág.356, Ginebra.

- (4) GRAN BRETAÑA. Rev. Internacional del Trabajo, Vol.XXXVI, No.1, Julio 1947, Pág.44.
- (5) CHILE. Código de Trabajo, dictado - por ley del 13 de mayo de 1931 publicado en D.O. de 28 de mayo de dicho año.
- (6) FINLANDIA. Ley No.1 del 11 de enero de 1949, sobre trabajadores domésticos, (Suonum Asctuskokkelma y Finlandas Fortattningssamling).
- (7) REPUBLICA DOMINICANA. Código de Trabajo, dictado - por ley No.2920 del 11 de junio de 1951, Gaceta Oficial, año LXXXII, No.2309 Bis.
- (8) ECUADOR. Código de Trabajo, sancionado por decreto presidencial No. 210 del 5 de agosto de 1938, modificado parcialmente por decreto del 4 de nov. de 1944, T.III.
- (9) NICARAGUA. Código de Trabajo, promulgado por decreto No.336 del 12 de enero de 1945, por el presidente de la República.
- (10) MEXICO. Ley Federal del Trabajador - dictada en 1931 en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 123 CP.
- (11) COSTA RICA. Código de Trabajo sancionado el 23 de agosto de 1943 por el Congreso Constitucional en vigencia el 15 de sept.de 1943.
- (12) BOLIVIA. Ley General del Trabajo, dictada el 8 de diciembre de 1942.
- (13) PUERTO RICO. Cuyo Código Civil, contiene conceptos generales sobre el contrato de arrendamiento, - Cap.III, Art.1432.

- (14) COLOMBIA.- Código sustantivo del trabajo, sancionado por D.No.2663 del 5 de agosto de 1950.
- (15) GUATEMALA. Código de Trabajo promulgado por Decreto No.330 del 8 de febrero de 1947.
- (16) NORUEGA. Ley Provisional No.5 del 3 de diciembre de 1948, referente a las condiciones de empleo de los trabajadores -- domésticos.
- (17) PANAMA. Código de Trabajo, promulgado por ley No.67 del 11 de Nov. de 1947.
- (18) VENEZUELA. Ley del Trabajo promulgada -- por decreto del 21 de octubre de 1947 por la Asamblea Nacional Constituyente.
- (19) ITALIA. Código Civil.Arts.2240 al 2246.
- (20) BULGARIA. Reglamentación del Ministerio de Política Social del 29 de Octubre de 1947.
- (21) BRASIL. Decreto Ley No.3078 del 27 de febrero de 1941.

CAPITULO XVI

CONDICIONES DE TRABAJO A QUE SE ENCUENTRAN SUJETOS LOS
TRABAJADORES DOMESTICOS EN RELACION CON LOS DEMAS
TRABAJADORES

A.1 FORMA EN QUE SE PUEDE CELEBRAR EL CONTRATO DE TRABAJO.

Por la naturaleza de la materia, en lo civil, si es bastante rígido en cuanto a las formalidades que deben reunir los actos o contratos, siendo bien precisa la ley, en cuanto a los actos y contratos que deben de constar en escritura pública y aquellos en que es potestativo de las partes otorgarlos en escritura pública o en documentos privados que reúnan las formalidades de ley; y es así como el Art.1551 C. nos dice: "Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes".

En materia laboral, existen también formalidades que debe reunir el contrato de trabajo, pero si algún requisito falta, no por ello tal contrato se vuelve nulo, y aún más tal documento no puede existir y no por ello el trabajador se va a encontrar desamparado cuando desee establecer un juicio la relación laboral que lo unió al patrono, como lo veremos más adelante lo cual es justificable desde todo punto de vista, pero el trabajador debido a su ignorancia, necesidad de trabajo, etc. se ve obligado a trabajar sin haber celebrado con el patrono el respectivo contrato de trabajo.

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL CONTRATO ESCRITO DE TRABAJO

Art.23 del C. de T. "El contrato escrito contendrá:

1.- Nombre, apellido, sexo, edad, estado civil, profesión u oficio, domicilio, residencia y nacionalidad de cada contratante.

2.- Número, lugar y fecha de expedición de la Cédula de Identidad Personal de los contratantes; y cuando no estuvieren obligados a tenerla, se hará mención de cualquier documento fehaciente o se comprobará la identidad mediante dos testigos que también firmarán el contrato.

3.- El trabajo que bajo la dependencia del patrono, se desempeñará, procurando determinarlo con la mayor precisión posible.

4.- El plazo del contrato o de la expresión de ser por tiempo indefinido; en el primer caso, deberá hacerse constar la circunstancia o acontecimiento que motivan el contrato a plazo.

5.- La fecha en que se iniciará el trabajo, cuando la prestación de los servicios haya precedido al otorgamiento por escrito del contrato, se hará constar la fecha en que el trabajador inició la prestación de servicios.

6.- El lugar en que habría de prestarse los servicios y en que deberá habitar el trabajador, si el patrono se obliga a proporcionarle alojamiento.

7.- El horario de trabajo.

8.- El salario que recibirá el trabajador por sus servicios.

- 9.- Forma, período y lugar de pago.
- 10.- La cantidad, calidad y estado de las herramientas y materiales proporcionados por el patrono.
- 11.- Nombre y apellido de las personas que dependan económicamente del trabajador.
- 12.- Las demás estipulaciones en que convengan las partes.
- 13.- Lugar y fecha de la celebración del contrato, y
- 14.- Firma de los contratantes.

Cuando no supieren o no pudieren firmar, se hará mención de esta circunstancia, se estampará la impresión digital del pulgar de la mano derecha y a falta de éste, la de cualquier dedo y firmará otro a su ruego".

FORMA EN QUE DEBE CONSTAR EL CONTRATO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

A este respecto el Art.18 del C. de T., nos dice: "Sin perjuicio de lo que este Código dispone, para los casos de excepción, el contrato individual de trabajo, así como su modificación o prórroga, deberá constar por escrito, en tres ejemplares; cada parte contratante conservará uno de éstos y el patrono remitirá el tercero a la Dirección General de Trabajo, dentro de los 8 días siguientes al de su celebración, modificación o prórroga. La comisión de las anteriores formalidades no afectará la validez del contrato.

El contrato escrito es una garantía en favor del trabajador, y su falta será imputable al patrono".

Caso en que no se celebre el contrato escrito de trabajo.

Con respecto a este problema el Art 22 del C. de T. nos dice lo siguiente: "El trabajador está obligado a reclamar del patrono el otorgamiento del respectivo documento dentro de los ocho días siguientes al día en que empezó a prestar sus servicios.

Si el patrono se negare a otorgarlo, el trabajador deberá finalizado el plazo a que se refiere el inciso anterior, comunicarlo a la Dirección General de Trabajo, a más tardar, dentro de los ocho días siguientes y el secretario de la dirección acusará el recibo correspondiente -si los avisos resultaren contradictorios o en caso de recibirse uno solo, el Director General mandará inmediatamente a practicar una investigación al lugar de trabajo pudiendo designar a este efecto a un delegado suyo. El encargado de esta investigación testará ante todo de que las partes otorguen el contrato por escrito y si no fuere posible practicará las averiguaciones pertinentes a fin de establecer, si él o los avisos se dieron en tiempo y el cual deberá tomarse como verdadero- la resolución del investigador se tomará como cierta por las autoridades judiciales administrativas competentes".

FORMA EN QUE SE PRUEBA EL CONTRATO

De acuerdo al Art.19 del C. de T. "El contrato de trabajo, se probará con el documento respectivo y en caso de no existir el documento, con cualquier clase de prueba". Dentro de las pruebas con que se puede establecer el contrato, se encuentran; la testimonial, las posiciones, con el análisis de planillas, y cuenta individual de cotizaciones que expide el Instituto Sal-

vadoreño del Seguro Social con la exhibición de recibos y planillas de pago, etc. hay situaciones en que no existe el contrato escrito de trabajo, éste se presume por el hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos, asimismo una vez se pruebe la subordinación también se presume la existencia del contrato, aunque los servicios se hayan prestado por menor tiempo, tal como lo establece el Art.20 del C. de T.

CASO EN QUE NO EXISTE EL CONTRATO DE TRABAJO

Debiendo el contrato individual de trabajo, así como su modificación o prórroga constar por escrito y siendo su falta imputable al patrono, desde constar esto, surgen en favor del trabajador con quien el patrono, no ha celebrado contrato escrito de trabajo, las denominadas presunciones del contrato, que consisten en presumir ciertas o todas las condiciones del trabajo alegadas por el trabajador en su demanda. Es así como el Art.413 del Contrato de Trabajo nos dice: "la falta del contrato escrito será imputable al patrono y en caso de conflicto, una vez probada la existencia del contrato de trabajo, sin perjuicio en lo dispuesto en el Art.21, se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador en su demanda y que deberían haber constado en dicho contrato.

Para destruir la anterior presunción, serán admisibles todos los medios de prueba -sin embargo, el patrono no podrá -- exceptuarse alegando condiciones inferiores a las que resulten de la aplicación de las reglas consignadas en el Art.415, pues

en tal caso de conflicto deberá fallarse de conformidad con - las mismas".

CASO ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

El contrato de servicio doméstico tal como lo establece - el Art.76 de la primera parte del C. de T. puede celebrarse - verbalmente.

Con respecto a esta facultad que poseen las partes en este tipo de contrato se presenta el problema siguiente: ¿se presumi- rán o no ciertas las condiciones alegadas por el trabajador do- méstico en su demanda?; es decir, ¿si es o no necesario para el trabajador doméstico el tener que probar la jornada, horario, - salario, etc. dentro del término de prueba?; yo considero que - en estricto derecho el trabajador doméstico tiene que probar - todas las condiciones de trabajo que menciona en su demanda pues la presunción de considerarse ciertas tales condiciones opera en el caso de que el contrato individual de trabajo debía haberse celebrado por escrito y la falta del mismo se considera imputa- ble la existencia del contrato, por el hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos - cuando bien sabemos que en otra clase de contrato, los prime- ros treinta días se consideran de prueba- yo considero que tal presunción no tiene aplicación para esta clase de servidores, a raíz de que los primeros treinta días en esta clase de con- trato se considera de prueba, por lo que cualquiera de las par- tes puede darlo por terminado sin responder por ninguna de ellas.

FORMA EN QUE SE PUEDE ESTABLECER ESTE
TIPO DE CONTRATO

Considero que las únicas formas de probarlo, es con la prueba testimonial, las posiciones y con la constancia de que nos habla el Art.76 del C.de T.

2.-ESTABILIDAD EN EL TRABAJO DE LAS TRABAJADORAS EN GENERAL
Y DE LOS DOMESTICOS EN PARTICULAR

La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo, haciendo depender la disolución de la misma, únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, por incumplimiento grave de parte del trabajador de sus obligaciones y en ciertas ocasiones, por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que haga imposible su continuación.

Lo anterior pone de relieve por una parte, que la estabilidad es un principio creador de un derecho para el trabajador y de un deber para el patrono.

El tratadista Mario de la Cueva, nos dice que "La idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917 sin ninguna de precedente en otras legislaciones, si significación siquiera en la doctrina de algún escritor jurista. Nació en Querétaro, sin que pueda decirse quién fue su autor, -- como una idea -fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera ya para escalar la meta tan bellamente expresada por Maximo Durst en su cuento Bertaldo en la Corte, vivir sin temor es el destino del hombre".(1)

Son muchos y muy hermosas las consecuencias que emanan de la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo, la certeza del presente y del futuro que dignifica al trabajador, porque aquél sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones y actuaciones de aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia.

A raíz de lo que constituye dicho principio tan fundamental en la vida del trabajador, el tratadista antes referido dijo, en una jornada de trabajo en la universidad Federal de Pará "que la estabilidad en el trabajo posee una naturaleza doble, es un derecho de cada trabajador a permanecer en su trabajo en tanto no incumpla sus obligaciones y no de causa para su separación, pero es al mismo tiempo la fuente de otro principio fundamental en la vida del trabajador, que es el derecho de antigüedad en el trabajo, fuente, a su vez, de un manojito de derechos cuya importancia es grande no sólo en el desarrollo del trabajo, sino también en la seguridad social, derechos que desaparecen o se debilitan, cuando falta la estabilidad".(2)

En vista de lo manifestado por Mario de la Cueva, al considerar el primer aspecto de la estabilidad, esto es, el derecho de cada trabajador a permanecer en su trabajo, son varios los autores que ven en él un derecho de propiedad sobre una cosa inmaterial en tanto otros lanzan la idea de un derecho real característica que explican diciendo que si el trabajador es despedido arbitrariamente, la sentencia que conduce al patrono debe ampliarse.

En su segundo aspecto, debe de considerarse como fuente y garantía de una serie de derechos del trabajador.

ESTABILIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver y una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad.

Es bastante difícil y hasta cierto punto contrario a las reglas del derecho, incluir en el Código de Trabajo las reglas y disposiciones que garanticen la estabilidad absoluta en beneficio de los trabajadores pues tal garantía los volvería incumplidores de sus obligaciones que como tales poseen y abusadores de sus derechos, pero en sentido contrario, una estabilidad relativa, que llegara al extremo de conceder una libertad absoluta del patrono para retirar a un trabajador de su trabajo sería la negación de la institución y nos regresaría a los años del imperio del derecho civil y de la autonomía de la voluntad del patrono, cuando el trabajador entregaba su dignidad ante el temor de un mañana incierto.

Por lo anterior considero que la estabilidad de que deberían gozar los trabajadores debería ser un tipo de estabilidad a la llamaría relativamente absoluta según la cual el patrono, podría poner fin a la relación que lo une con determinado trabajador, invocando una causal de terminación de contrato pero mediante juicio previo, es decir, tendría que desaparecer el despido de hecho que actualmente contempla nuestro Código.

En nuestra legislación laboral podemos afirmar que la estabilidad de un trabajador en su trabajo comprende tres situaciones, a) Los trabajadores que no gozan de ninguna estabilidad y entre los cuales se encuentran: 1.-trabajadores contratados a plazos, a este respecto el Art.25, inciso segundo del C. de T. nos dice: "La estipulación que sólo tendrá lugar en los casos siguientes: a) cuando por las circunstancias objetivas que motiven el contrato, las labores a realizarse, pueden ser calificadas de transitorias, temporales o eventuales. b) siempre que para contratar se hayan tomado en cuenta circunstancias o acontecimientos que traigan como consecuencia la terminación total o parcial de las labores de manera íntegra no sucesiva".

De lo dicho en el literal a), del artículo anteriormente transcrito aparece de que por la naturaleza de las labores a realizarse, puede haber trabajadores:

1.- Interinos, situación que se encuentra regulada en el Art.27 del C. de T. que dice: "En los casos de suspensión de contrato o cualquier otra causa semejante, los patronos podrán contratar interinos para llenar las vacantes que ocurran y éstos adquieren los derechos de los trabajadores permanentes, - excepto el de inamobilidad en el cargo.

El retorno del trabajador sustituido implica la terminación del contrato del interino, sin responsabilidad alguna para el patrono, salvo que hubiere sido incorporado como trabajador permanente, lo cual se presumirá si continuare trabajando por más de quince días después de reintegrado el sustituto".

2.-Temporales o eventuales.

Los contempla nuestro Código en su Art.87 del C. de T. que dice: "Los trabajadores temporales no tienen derecho de estabilidad en el trabajo y, por consiguiente cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin responsabilidad para ninguno de ellos".

El Art.86 en su inc. nos dice: "que son trabajadores temporales los contratados para realizar labores por su naturaleza, no permanentes en la empresa o que siendo permanentes las labores han sido contratados para llenar necesidades temporales o eventuales en la misma".

3.-Los Aprendices.

En el contrato de aprendizaje, el aprendiz, no goza de estabilidad en la práctica por su preparación técnica de un oficio ante su ocupación y por ende, el patrono puede dar por terminado este tipo de contrato sin ninguna responsabilidad tal como lo establece el Art.68 del C. de T.

4.-Los Trabajadores contratados a prueba.

Al tratar de esta figura jurídica, Manuel Alonso García, distingue:

"1.-En primer término señala el maestro español, "cabe referirse a la prueba.....como condición suspensiva del contrato de trabajo, cuyos efectos quedan así enteramente subordinados al cumplimiento del resultado futuro e incierto de que aquella prueba puede consistir.

2.-En segundo lugar el contrato pactado a prueba de que designa "una figura distinta del mismo contrato de trabajo, y cuya existencia se encuentra condicionada de aquélla.

3.-"Por último se utiliza la expresión período de prueba aludiendo con ello al tiempo de duración de la relación o de la prueba misma, establecido y fijado generalmente en cuanto al límite máximo pero sin que tal denominación envuelva referencia alguna a su contenido".(3)

De acuerdo a lo dicho por el tratadista antes referido la naturaleza jurídica del contrato de prueba, es variable según las circunstancias en que se produce el contrato, para establecerla importa de manera practicarla, precisar su causa, o sea la función práctico social, reconocida en general y preventualmente por el derecho al negocio de que se trató; ésta debía de ser el valor instrumental o de experimento que encierra el cambio en su prestación de trabajo y retribución.

De acuerdo con este criterio el maestro Luis Alonso García distingue:

"1.-El contrato de trabajo sometido a prueba, cuya función es la de actuar como condición suspensiva si es que de su resultado dependa la celebración de un contrato definitivo, esta prueba constituirá a su vez, una condición resolutoria, de ser la misma en insatisfacción a juicio de la persona autorizada para emitir su opinión.

2.-Contrato de trabajo con cláusulas especiales de prueba en virtud de las cuales el desenvolvimiento del mismo queda subordinado, en alguno de sus aspectos, a que las pruebas señaladas en las mencionadas cláusulas, tengan o no efectividad y den o no el resultado que con las mismas se busca. En realidad en esta figura se intenta determinar la efectividad del trabajo en diversos ángulos de la actividad del trabajador.No debe

confundirse con el trabajo contrato para una actividad de experimentación cuyos resultados objetivos y no subjetivos serán - condición suspensiva por el nacimiento de una relación definitiva.

3.-Contrato de trabajo definitivo, que por imperativo legal se considera, no obstante como contrato de libre solución durante un período determinado de tiempo.

4.-Contrato de prueba autónoma, con valor propio e independiente, que cumple su finalidad instrumental que opera con una conexión remota respecto del posible contrato de trabajo a celebrar posteriormente".(4)

Nuestro Código de Trabajo en su Art.28 regula esta figura y nos dice: "en los contrato de trabajo individuales podrá estipularse que los primeros treinta días son de prueba.Dentro de este término, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato sin expresión de causa.

Vencidos los treinta días a que se refiere el artículo anterior sin que ninguna de las partes haya manifestado su voluntad de dar por terminado el contrato fijado plazo para su terminación en los casos en que la ley lo permita.

Si antes de transcurrido un año se celebra un nuevo contrato entre las mismas partes contratantes y para la misma clase cobros, no podrá estipularse período de prueba en el nuevo - contrato".

5.-Los Trabajadores del Servicio doméstico.

El trabajador doméstico también en cuanto a esta situación se encuentra en desventaja del trabajador común, por cuanto ya

vimos el Art.28 del C. de T. ya transcrito nos dice: que la prueba podría estipularse, es decir, que no siempre se presenta; en cambio en el caso de los trabajadores objeto de este trabajo, los primeros treinta días siempre serán de prueba y es así como el Art.82 del C. de T. nos dice: "en el trabajo doméstico los primeros treinta días se consideran de prueba y dentro de este término cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato sin responsabilidad". Es decir, que si un trabajador doméstico es despedido dentro de ese período de prueba, no tiene derecho a ser indemnizado, con lo cual se contraría lo dicho en el Art.189 de la C.P.

Como vimos en el Art.28 ya transcrito para el caso de los trabajadores no domésticos, el período de prueba podrá estipularse, pero el de los domésticos, los primeros treinta días se consideran de prueba, tal como lo afirma el artículo ochenta y dos del C. de T. se consideran de prueba, dentro de este término cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato sin responsabilidad.

Este artículo además de constituir una excepción al 28 lo es asimismo del Art.113 del C. de T. que señala la inamovilidad en el trabajo de una mujer embarazada.

B.-Trabajadores que gozan de una estabilidad relativa.

La regla general la señala el Art.25 inciso 1o. del Código de Trabajo que dice: "Los contratos relativos a labores que por su naturaleza sean permanentes en la empresa, se consideran celebrados por tiempo indefinido, aunque en ellos se señale plazo para su terminación.

Dentro de esta categoría quedan incluidos todos los trabajadores que no se encuentran sujetos a prueba o a plazos y hasta los domésticos después que tengan más de 30 días de labores para un patrono.

Se dice que la estabilidad de que gozan los trabajadores antes mencionada es relativa, debido a que existen causales expresamente determinadas en nuestro Código de Trabajo para dar por terminada la relación laboral.

Dentro de estas causales se encuentran las siguientes:

I.) CAUSALES DE TERMINACION SIN RESPONSABILIDAD PARA NINGUNA DE LAS PARTES Y SIN NECESIDAD DE INTERVENCION JUDICIAL, POR LAS CAUSAS SIGUIENTES:

Art.48 del C.de T. "El contrato de trabajo terminará sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin necesidad de intervención judicial, por las causas siguientes:

- 1) Por el incumplimiento del plazo,
- 2) Por la muerte del trabajador,
- 3) Por la terminación del negocio como consecuencia directa y necesaria de la muerte del patrono,
- 4) Por la incapacidad legal, física o mental de cualquiera de las partes que hagan imposible el cumplimiento del contrato o la continuación de la empresa establecimiento en su caso,
- 5) Por la disolución o liquidación de la sociedad, asociación o institución titular de la empresa o establecimiento, cuando se hubiera producido por la finalización del negocio o del objeto para que fueran creadas, o por ser ambos de imposible realización.
- 6) Por fuerza mayor o caso fortuito cuando sus consecuen-

cias no sean imputables al patrono y siempre a producir necesariamente la terminación de todas las partes del negocio,

7) Por la terminación total o parcial de las actividades de la empresa, decidida por el síndico o acordada por la Junta de acreedores en los casos de prueba o concursos fortuitos,

8) Por la sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador la pena de muerte, presidio, prisión mayor o prisión menor, o por sentencia ejecutoriada que imponga al patrono cualquiera de dichas penas, cuando su ausencia produzca necesaria e inevitablemente la terminación del negocio".

II)-CAUSALES DE TERMINACION SIN RESPONSABILIDAD PARA NINGUNA DE LAS PARTES QUE REQUIERE INTERVENCION JUDICIAL.

Art.49.-También terminará el contrato sin responsabilidad para ninguna de las partes, con intervención judicial, por las siguientes causas:

1o. Por el cierre definitivo, total o parcial de la empresa o restablecimiento, o la reducción definitiva de las labores, motivadas por incosteabilidad de los negocios o autorizadas por sentencia del Juez de trabajo competente.

La inestabilidad deberá haber durado tres meses por lo menos, o un período mayor que el Juez estime razonable, atendiendo a la naturaleza e importancia del negocio. Además tratándose del cierre parcial o de la reducción definitiva expresados, la situación económica dicha ha de ser de tal gravedad que pueda condicionar a la total incosteabilidad del negocio; y 37 No. 52-3 y 4-407.

2o. Por la clausura del negocio, motivada por agotamiento

de la materia que se explota en las industrias extractivas y autorizadas aquella por sentencia del Juez de Trabajo competente".

III)-CAUSALES DE TERMINACION DE CONTRATO SIN RESPONSABILIDAD PARA EL PATRONO.

Art.50.-"El patrono podrá dar por terminado el contrato de trabajo sin incurrir en responsabilidad, por las siguientes causas específicas:

1o.-Por haber engañado el trabajador al patrono al celebrar el contrato, presentando recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud.

Esta causa dejará de tener efectos después de treinta días excepto al 610 de prestar sus servicios el trabajador.

2o.-Por negligencia reiterada del trabajador.

3o.-Por la pérdida de la confianza del patrono en el trabajador, cuando éste desempeña un cargo de dirección, vigilancia, fiscalización y otro de igual importancia y responsabilidad. El juez respectivo apreciará prudencialmente los hechos que el patrono estableciere para justificar la pérdida de la confianza.

4o.-Por revelar el trabajador secretos de la empresa o aprovecharse de ellos; o por divulgar asuntos administrativos o de otra índole que puedan causar perjuicios al patrono.

5o.- Por actos graves de inmoralidad cometidos por el trabajador dentro de la empresa o establecimiento; o fuera de éstos, cuando se encontrare en el desempeño de sus labores;

6o.-Por cometer el trabajador, en cualquier circunstancia,

actos de irrespeto en contra del patrono o de algún Jefe de la empresa o establecimiento, especialmente en el lugar del trabajo o fuera de él, durante el desempeño de las labores. Todo sin que hubiere precedido provocación inmediata de parte del Jefe o patrono.

7o.--Por cometer el trabajador actos graves de irrespeto en contra del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del patrono, cuando el trabajador conociera el vínculo familiar y siempre que no haya precedido provocación inmediata por parte de dichas personas.

8o.--Por cometer el trabajador actos que perturben gravemente el orden de la empresa o establecimiento, alterando el normal desarrollo de las labores.

9o.--Por ocasionar el trabajador maliciosamente o por negligencia graves perjuicios materiales en los edificios, maquinarias, materias primas, obras, instalaciones o demás objetos relacionados con el trabajo o por lesionar con dolo o negligencia grave, cualquier otra propiedad o los intereses económicos del patrono.

10o.--Por poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de las personas mencionadas en las causales 6a. y 7a. de este artículo o la de sus compañeros de trabajo.

11o.--Por poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de los edificios, maquinarias, materias primas, obras, instalaciones y demás objetos relacionados con el trabajo.

12o.-Por faltar el trabajador a sus labores sin el permiso del patrono o sin causas justificadas, durante dos días laborales completos y consecutivos; o durante tres días laborales no consecutivos en un mismo mes calendario, entendiéndose por tales en este último caso, no sólo los días completos, sino aún los medios días; 461.

13o.-Por no presentarse el trabajador sin causa justa, a desempeñar sus labores en la fecha convenida para iniciarlas; o por no presentarse a reanudarlas sin justa causa dentro de los tres días a que se refiere el Art.45.

14o.-Cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquel en que fue puesto en libertad, después de haber cumplido pena de arresto, la falta cometida hubiere sido contra la persona o bienes del patrono o de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos o contra la persona o propiedad de algún Jefe de la empresa o establecimiento o de algún compañero de trabajo.

15o.-Cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquel en que fue puesto en libertad, después de haber estado en detención provisional, el delito por el que se le procesa hubiere sido contra la persona del patrono, de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos o en la persona de algún Jefe de la empresa o establecimiento o compañero de trabajo; y en toda caso, cuando se trate de delitos contra la propiedad, contra la Hacienda Pública o de falsedad.

16o.-Por desobedecer el trabajador al patrono o a sus representantes en forma manifiesta, sin motivo justo y siempre -

que se trate de asuntos relacionados con el desempeño de sus labores.

17o.-Por contravenir el trabajador en forma manifiesta y reiterada las medidas preventivas o procedimientos para evitar riesgos profesionales.

18o.-Por ingerir el trabajador bebidas embriagantes y hacer uso de narcóticos o drogas enervantes en el lugar de trabajo, o por presentarse a sus labores o desempeñar las mismas en estado de ebriedad o bajo la influencia de un narcótico o droga enervante.

19o.-Por infringir el trabajador alguna de las prohibiciones contenidas en el Artículo 32, siempre que por igual motivo se le haya amonestado, dentro de los seis meses anteriores, por medio de la Inspección General de Trabajo; y

20o.-Por incumplir o violar el trabajador, gravemente cualquiera de las obligaciones y prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art.24."

IV)-CAUSALES DE TERMINACION CON RESPONSABILIDAD PARA EL PATRONO.

Art.53.-"El trabajador tendrá derecho a dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono por las siguientes causas:

1a.-Cuando sin mediar justa causa, el patrono reduzca el salario al trabajador, o realice cualquier acto que produzca ese mismo efecto o lo traslade a un puesto de menor categoría o lo destine al desempeño de un trabajo de naturaleza distinta a la del convenio en el contrato. Estas causas dejarán de tener efecto después de treinta días de ocurrida la reducción, el tras

lado o la destitución dichos.

2a.-Por engañar el patrono al trabajador, al tiempo de celebrar el contrato, acerca de las condiciones en que deberían realizarse las labores. Esta causa también dejará de tener efectos después de treinta días laborados por trabajador en la empresa o establecimiento, contados a partir de aquel en que se inició la prestación de servicios.

3a.-Por cometer el patrono, en el lugar de trabajo, en contra del trabajador o del grupo de trabajadores en que éste labore y del cual forme parte o en contra de todo el personal de la empresa, actos que lesionen gravemente su dignidad, sentimientos o principios morales.

4a.- Por malos tratamientos de obra o de palabra, por parte del patrono o jefe de la empresa o establecimiento, en contra del trabajador o en contra de su cónyugo, ascendientes, descendientes o hermanos, siempre que el patrono o jefes conocieran el vínculo familiar.

5a.-Por perjuicios que el patrono cause por malicia directamente o por medio de otra persona, o por negligencia grave de su parte, en las herramientas, implementos de trabajo, o cualquier otra cosa, con tal de que sean de propiedad del trabajador, o que siendo de tercera persona estén bajo responsabilidad. Si los perjuicios fueren causados por negligencia leve o levísima, no podrá el trabajador demandar la terminación cuando el patrono se avenga a resarcirlos.

6a.-Por actos del patrono o de sus representantes que pongan en peligro la vida o la salud del trabajador.

7a.-Por grave peligro para la vida o la salud del trabaja-

dor, debido a falta de condiciones higiénicas en el lugar de trabajo, o en la vivienda proporcionada por el patrono, conforme al contrato de trabajo y en general, por incumplimiento del patrono, conforme al contrato de trabajo en las medidas preventivas o profilácticas prescritas por la ley o por disposición administrativa de autoridad competente.

8a.-En los casos de los ordinales 2o., 3o., 4o., del Art. 37, si no reanudare el patrono el cumplimiento del contrato dentro del término que el Juez de trabajo la señala al declarar improcedente la suspensión; y

9a.- Por incumplir o violar el patrono, gravemente, cualquiera de las obligaciones o prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art.24.

En todos los casos de este artículo el trabajador tendrá derecho a que se le indemnice como si hubiera sido despedido, en la cuantía y forma que establecen los Artículos 53 y 59, según el caso".

V)-CAUSALES DE TERMINACION POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y POR RENUNCIA.

Art.54.-"El contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento de las partes, o por renuncia del trabajador, siempre que consten por escrito.

La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono.

Si la terminación del contrato fuere por mutuo consentimiento no habrá responsabilidad para las partes; mas si la terminación fuere por renuncia, sólo habrá responsabilidad para el

trabajador, si por aquélla se hubieren causado daño y perjuicio al patrono".

SITUACION EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS TRABAJADORES DOMESTICOS ANTE LAS CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO YA MENCIONADAS:

De las causales de terminación del contrato sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin necesidad de intervención judicial contemplada en el Art.48 del C. de T., considero que son aplicables las causales siguientes:

1a.-A raíz de que el trabajador doméstico, por la naturaleza misma de las labores no se puede establecer el plazo,

3a.- Debido a que esta causal se refiere a la disolución o liquidación de una sociedad o Institución, las cuales ya vimos, no pueden ser patronos en este tipo de contrato, sino únicamente las personas naturales, que en los únicos que tienen un hogar, en donde el trabajador puede desarrollar las labores propias del mismo, y

7a.- Por la razón indicada en el mismo número cinco."

De las causales de terminación del contrato individual de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes que requieren intervención judicial, contenidas en el Art.48 del C. de T., considero que no le son aplicables al trabajador doméstico, ninguna de las dos, por la razón que indiqué en el número 5o. del Art.48 del C. de T.

De las causales de terminación del contrato individual de trabajo sin responsabilidad para el patrono contenidas en el Art.50 del C. de T., considero que no es aplicable al trabajador

doméstico, la número cuatro por la razón de que los sectores a que se refiere dicha causal son únicos y exclusivamente de empresa, la cual ya vimos no puede ser patrono de esta clase de trabajadores.

Con relación a las causales de terminación con responsabilidad para el patrono, considero que no le es aplicable al trabajador doméstico, únicamente la causal 8a. que a la letra dice: "En los casos de los ordinales 2o., 3o. y 4o. del Art. 37, si no reanuda el patrono el cumplimiento del contrato dentro del término que el Juez de Trabajo le señale al declarar improcedente la suspensión; a raíz de que los tres numerales del mencionado Art.37 se refieren única y exclusivamente a actividades propias de una empresa".

Con respecto a las causales de terminación por mutuo consentimiento y por renuncia contempladas en el Art.54 del C.de T. también se puede dar por terminado el contrato de servicio doméstico, siempre que se llenen las formalidades de ley que veremos más adelante.

CAUSALES ESPECIALES DE TERMINACION DEL CONTRATO, SIN RESPONSABILIDAD PARA EL PATRONO.

Dichas causales se encuentran contempladas en el Art.83 del C.de T. que dice así:

"Con causales especiales de terminación del contrato individual de trabajo doméstico, sin responsabilidad para el patrono, las siguientes:

1a.-Adolecer el trabajador de enfermedad infectogontagiosa, a menos que la hubiere adquirido en el lugar donde presta sus servicios, en cuyo caso procederá la suspensión del contrato.

2a.-Tener el trabajador vicios o malos hábitos que pongan en peligro o perjudiquen el orden doméstico o alteren la condición normal del hogar;

3a.- Por cometer el trabajador actos graves de infidelidad o subordinación contra el patrono, su cónyuge, ascendiente, descendiente u otras personas que habiten permanentemente en el hogar".

Como se ve nuestro legislador estableció estas causas especiales de terminación del contrato de trabajo doméstico, a raíz de que las labores que dicho servidor realiza, las desarrolla en el seno de un hogar, en donde debe privar el aseo, el orden y la tranquilidad y además, porque como ya sabemos el trabajador doméstico no se encuentra asimilado al régimen del Seguro Social.

C.- TRABAJADORES QUE GOZAN DE ESTABILIDAD ABSOLUTA TEMPORAL

Dentro de esta categoría de trabajadores podemos señalar los que se encuentran en determinadas circunstancias como son:

1.-La mujer en estado de gravidez.

Es así como el Artículo 113 del Código de Trabajo nos dice: "desde que comienza el estado de gravidez, hasta que concluye el descanso post natal el despido de hecho o el despido con juicio previo no producirán la terminación del contrato de la mujer trabajadora, excepto cuando la causa de esto haya sido anterior al embarazo; pero aún en estos casos sus efectos no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluido el descanso antes expresado".

2.-Los Directivos Sindicales.

Art.248 del Código de Trabajo, inciso lo. y el cual dice:
"Los miembros de los directivos de los sindicatos con personalidad jurídica, o en vías de obtenerla, no podrán ser despedidos, trasladados, o desmejorados en sus condiciones de trabajo ni suspendidos disciplinariamente durante el período de su elección y mandato, y hasta después de transcurrido un año de haber cesado en sus funciones, sino por justa causa calificada previamente por la autoridad competente".

3.-En el caso de que el contrato se encuentra suspendido.

Y es así como el Artículo 57 del Código de Trabajo nos dice: "en aquellos casos en que, estando suspendido el contrato, se hallare el trabajador por razón de ley, gozando de prestaciones, el despido de hecho o el despido de juicio previo no producirá la terminación de dicho contrato, excepto cuando la causa que lo haya motivado sea anterior a la suspensión; pero aún en este caso, los efectos del despido no tendrán lugar sino hasta inmediatamente después de concluída esta última".

También es del caso hacer notar que nuestro legislador no incluyó en nuestro Código de Trabajo capítulos referentes a las causas especiales de terminación del contrato de trabajo doméstico, contemplados en los artículos vistos anteriormente, a raíz de que casi todos le son aplicables a estos trabajadores.

SITUACION DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS ANTE LOS CASOS SEÑALADOS EN QUE SE GOZA DE UNA ESTABILIDAD ABSOLUTA TEMPORAL.-

Con relación a la gravidez, la trabajadora doméstica posee

el derecho a esta clase de estabilidad en el trabajo, ya que el Art.113 del Código de Trabajo ya transcrito, en relación con el 464 de dicho instituto, no la excluye y en consecuencia gozará de la licencia que señala el Art.309 y de la prestación económica señalada en el Art.311, ambos del Código de Trabajo, siempre y cuando reúna el requisito mencionado en el último artículo mencionado, teniendo su fundamento tal prestación en el Art.183 C.P.

Asimismo la trabajadora doméstica tendrá derecho a este tipo de estabilidad cuando su contrato se encuentre suspendido, por las causales apuntadas en término general en los artículos 36 y 37 del C. de T. en relación con el Art.83, número 1 del mismo de manera particular.

Con respecto a este tipo de estabilidad de que gozan los directivos de los sindicatos y promotores de los mismos, los trabajadores domésticos, no tienen acceso a ello, por cuanto no se encuentran sindicalizados.

LA JORNADA Y HORARIO DE TRABAJO

- 1.-Antecedentes Históricos sobre la jornada laboral.
- 2.-Definición.
- 3.-La adopción de la jornada de ocho horas.
- 4.-Forma en que nuestro Código regula la jornada de los trabajadores en general y de los trabajadores domésticos.
- 5.-Caso especial de los trabajadores domésticos.
- 6.-Forma en que nuestro Código regula el horario de los trabajadores en general y de los domésticos en particular.

1.-ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA JORNADA LABORAL.

Dasmaras con relación a los antecedentes de la jornada nos dice: "En las leyes del Manú, dadas el año 1230 A. de J.C., se encuentran disposiciones que regulan la jornada laboral, que se fija en la siguiente forma: la jornada establece la división - del día y de la noche para los hombres y para los dioses: la - noche es para el sueño de los seres; y el día para el trabajo". (5). Así fue durante los tiempos antiguos, y después en las - corporaciones de oficios, en los que el régimen del trabajo se regulaba con la ley del día, de manera que comenzaba al amanecer y finalizaba con la puesta del sol. De tal forma, en invierno era limitado a poco más de ocho horas, en tanto que en verano alcanzaba casi a 16 horas diarias. El trabajo debía de efectuarse necesariamente de día pues se carecía de luz artificial como para poder ejecutar la labor durante la noche.

En Francia las ordenanzas corporativas limitaban la jornada de trabajo fijándola generalmente en un total de 9 a 10 horas de invierno y de 12 a 14 en el estío. Además, el número de los días festivos era considerado, pues aparte de los domingos, se holgaba en las fiestas solamente solemnes, unos treinta en el transcurso del año, en las vísperas de los mismos y medio día los sábados.

Durante la edad media y principios de la moderna no se trabajaba de noche, la jornada se extendía generalmente de sol a sol, pero los períodos de descanso permitidos durante la misma reducían en mucho la prestación efectiva de los servicios y el desgaste físico de los trabajadores.

En realidad, durante la época medioeval, como en los siglos 13 y 19, se hizo alarde de despilfarro de la mano de obra, que tenía muy escaso valor, millares de obreros trabajaron durante años en la construcción de las magníficas catedrales que en Italia y en España siguen admirándonos.

2.-DEFINICION.-

Manuel Alonso Olea nos dice que "por jornada de trabajo se entiende el tiempo que de cada día se dedica por el trabajador a la ejecución del trabajo".(6)

En cambio Colotti define la jornada diciendo que es "el tiempo durante el cual, diariamente el trabajador se encuentra a disposición del patrón para cumplir la prestación que le impone el contrato de trabajo".(7)

Para GUILLERMO CABANELLAS "La jornada laboral es tanto - como la duración del trabajo diario de los trabajadores. Por ampliación convencional del vocablo jornada mas o menos equiparable a día de actividad laboral, se expresa también en el número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en cada actividad. Especialmente para sumar el descanso del domingo el de la tarde del sábado; por lo cual es hoy día más corriente expresar la jornada de trabajo por su número de horas semanales.

En formulación técnica, se entiende por jornada de trabajo el lapso convenido por las partes, que no puede exceder del máximo legal, durante el cual se encuentra el trabajador al servicio y a las órdenes del patrono o empresario con el fin de - cumplir la prestación laboral estipulada y exigible".(8)

3.-LA ADOPCION DE LA JORNADA DE OCHO HORAS.

Con respecto a esto Guillermo Cabanellas nos dice: "Si bien en forma aislada, corresponde a América, por concesión de España, la primera ley que implantó en pleno siglo 16, la jornada de 8 horas. En efecto, en las leyes de indias se proclama, cuando corría el año 1593, que todos los obreros trabajarán 8 horas cada día, cuatro en la mañana y cuatro en la tarde en las fortificaciones y fábricas que se hicieren repartidas a los tiempos más convenientes para librarlos del rigor del sol, mas o menos lo que a los ingenieros pareciere; de forma que, no faltando un punto de lo posible, también se atiende a procurar su salud y conservación.

Dejando a un lado esa excepción en el resto del mundo y tres siglos después no pasaba de tenue aspiración de la jornada de 8 horas, que originó una popular canción inglesa denominada de los cuatro ochos.

Un movimiento de amplia envergadura se produjo en el fin de limitar a 8 horas diarias y a 48 semanales el trabajo. El problema fue debatido en las conferencias de Berlín de 1890, en Berna de 1906 y en 1913, en la que se elaboró una carta del trabajo. Se llega así al tratado de Paz de Versalles cuyo art.427 estableció en su inciso IV. La adopción de la jornada de 8 horas y de la semana de 48 para los países que aún no la hubieran adoptado.

A mediados del siglo 19, el mayor progreso laboral en cuanto a jornada lo constituye Inglaterra, que en 1847, había implantado la jornada de 10 horas. La imitó fugazmente Francia en 1848, para recaer ese mismo año en la 12.

Corresponde a Australia, colonia británica entonces, el honor en la época moderna, de haber establecido la jornada de horas en Sidnery, en 1855, para los obreros de la construcción y con carácter general en 1856 Melbourne".(9)

ADOPCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO DE OCHO HORAS EN NUESTRO -
MEDIO PARA LOS TRABAJADORES EN GENERAL.

Mediante decreto número 128 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, decretó la Ley de Jornadas de Trabajo y de descanso semanal, la cual contiene los considerandos siguientes:

"I.-Que en tanto se promulga el Código de Trabajo es necesario regular por leyes especiales los principios consignados en el Capítulo 11 del Título XI, de la Constitución Política, - para disipar las dudas que se presenten sobre la debida aplicación de los mismos".

II.-Que los principios más urgentes de reglamentar son los comprendidos en los numerales 6o., 7o. y 10o. del Art.183, que tratan de la duración de la jornada ordinaria de trabajo diaria y semanal, y remuneración del día de descanso semanal obligatorio.

III.-Que la limitación de la duración de la jornada semanal, tiene por objeto proteger la salud de los trabajadores, sin perjudicarlos en sus ingresos económicos acostumbrados con anterioridad a la promulgación de la vigente Constitución.

IV.-Que la aplicación de los nuevos principios constitucionales en materia laboral, implica cambios de alguna consideración en los sistemas de organización y funcionamiento de las em

pres s comerciales, industriales y agrícolas, cambios que en algunas actividades económicas requieren algún tiempo para que no perjudiquen los servicios públicos o la economía nacional - durante la fase de transición.

V)-Que la clase de empresas que más problemas confrontan para armonizar sus servicios a las nuevas provisiones constitucionales, sobre horas de trabajo y descanso semanal obligatorio, son las de servicio continuo y utilidad pública.

VI)-Que los aumentos de gastos, por concepto de salarios correspondientes al día de descanso semanal obligatorio, se aplicarse inmediatamente en algunas actividades económicas, conduciría a extremos de verdadera injusticia, porque pueden absorber totalmente la ganancia de algunos empresarios, y aún ocasionarles pérdidas de consideración, por lo que es conveniente que la ley les conceda un plazo prudencial que les permita normalizar su situación en términos de justicia".

Desde luego la Asamblea Legislativa que decretó la ley referida en que se adoptó la jornada de ocho horas, tomó en consideración, como aparece en sus considerandos que durante el período de tiempo un trabajador siendo el máximo de sí y además para que durante las veinticuatro horas de que se compone un día pudieran señalarse tres turnos, de los cuales dos serían diurnos y otro nocturno, con lo cual se ocuparía mayor cantidad de mano de obra.

4.-FORMA EN QUE NUESTRO CODIGO DE TRABAJO REGULA LA JORNADA DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE LOS DOMESTICOS EN PARTICULAR.

El Art.161 del C. de T. nos dice: "Las horas de trabajo - son diurnas y nocturnas.

Las diurnas están comprendidas entre las seis horas y las diecinueve horas de un mismo día, las nocturnas entre las diecinueve horas de un día y las seis horas del día siguiente.

La jornada de trabajo ordinaria efectiva diurna, salvo - excepciones legales, no excederá de ocho horas diarias, ni la nocturna de siete. La jornada de trabajo, que comprenda más de cuatro horas nocturnas, será considerada nocturna para el efecto de su duración.

La semana laboral diurna no excederá de cuarenta y cuatro horas ni la nocturna de treinta y nueve horas".

DENTRO DE LOS CASOS DE EXCEPCION QUE MENCIONA EL ARTICULO YA REFERIDO EN EL INC. 3o. ESTAN:

1.-Las labores peligrosas o insalubres y es así como el Art.162 del C. de T. nos dice: "En tareas peligrosas o insalubres la jornada no excederá de siete horas diarias, ni de treinta y nueve horas semanales, si fuere diurna; ni de seis horas diarias, ni de treinta y seis horas semanales si fueren nocturnas.

En los casos de este artículo, la jornada de trabajo que comprende más de tres y media horas nocturnas será considerada nocturna, para los efectos de su duración".

2.- Las labores realizadas por menores de dieciséis años y el cual lo regula el Art.116 del C. de T. que dice: "la jornada de los menores de dieciséis años, no podrá ser mayor de seis horas diarias y de treinta y cuatro semanales, en cualquier clase de trabajo. Así mismo no podrán trabajar más de dos horas extraordinarias en un día, ni realizar labores que requieran grandes esfuerzos físicos.

Los menores de dieciocho años no podrán trabajar en horas nocturnas".

3.- Los casos contemplados en el Art.170 del C. de T. que nos dice: "El trabajo en horas extraordinarias sólo podrá pactarse en forma ocasional cuando circunstancias imprevistas, especiales o necesarias así lo exijan.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior:

A.-En las empresas en que se trabaje las veinticuatro horas del día podrá estipularse el trabajo de veinticuatro horas del día, de una hora extraordinaria en forma permanente, para ser prestado en la jornada nocturna.

B.-También podrá pactarse el trabajo de una hora extraordinaria, para el solo efecto de reponer cuatro horas del sexto día laboral, con el objeto de que los trabajadores puedan descansar, en forma consecutiva los días sábados y domingos de cada semana.

En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, para que el acuerdo se válido, sería necesaria la aprobación - del Director General de Trabajo".

4.-Cuando se trate de empresas que prestan servicio público y el cual se encuentra contemplado en el Art.193 del C.de T. que nos dice: "En las empresas que prestan servicios públicos o esenciales a la comunidad, los trabajadores estarán obligados a permanecer en sus puestos en el número que designe el patrono, para que el servicio no sea interrumpido y rinda el mínimo exigible necesario.

En la misma obligación y con las mismas limitaciones estarán los trabajadores que presten sus servicios en:

A.-Establecimientos de diversión o esparcimiento;

B.-Establecimientos dedicados a la venta de artículos de primera necesidad pero en este caso no estarán obligados a trabajar después de las doce horas;

C.-Hoteles, restaurantes y refresquerías;

D.-Labores cuyas interrupciones pueda ocasionar perjuicio al interés o a la salubridad pública;

E.-Labores que, por razones técnicas o prácticas, requieren su continuidad o cuya interrupción consiga la descomposición de la materia a elaborar o consecuencias análogas.

En los casos de este artículo, los trabajadores que laboran en los días de asueto tendrán derecho a la remuneración establecida en el artículo anterior".

5 --CASO ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS.

Antes de que existiera el primer Código de Trabajo publicado en el D.O. del 10. de febrero de 1963 existen en nuestro país una serie de leyes que regulaban las distintas prestaciones laborales de los trabajadores; y es así como mediante Decreto número 128, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, decretó la LEY DE JORNADAS DE TRABAJO Y DE DESCANSO SEMANAL, la cual no se les aplicaba a los trabajadores objeto de este trabajo y es así como el Art.5 de la misma nos decía: "Lo dispuesto en esta Ley se aplicará a los trabajadores cuyo salario esté ajustado por unidad de tiempo, por pieza, o por el sistema mixto de tarea y en general a quienes estén sometidos a horarios de trabajo, y se refiere a toda clase de labores, ya sean manuales o intelectuales, que se desarrollen en empresas -

comerciales o industriales. A las industrias agrícolas de temporada, tales como las que se desarrollan en ingenios de azúcar, trapiches de panela y beneficios de café mediante reglamentación especial se aplicarán.

No están comprendidos en el inciso anterior, los trabajadores agrícolas o domésticos los que desarrollan su actividad por su propia cuenta y riesgo y quienes hayan contratado sus servicios para realizar por precio cerrado determinada obra; pero gozarán de los derechos que otorga la presente ley, los que presten servicios de carácter doméstico en establecimientos industriales, comerciales, sociales y otros equiparables etc."

Como puede verse de lo dispuesto en los dos incisos transcritos de la ley referida, ésta no le era aplicable al trabajador doméstico que desarrollaba sus labores en el hogar, sino únicamente a los domésticos que desarrollaban sus labores en establecimientos comerciales, industriales, sociales y más equiparables. De lo anterior se desprende, que dicha ley hace la distinción entre el contrato de trabajo doméstico y el contrato de servicio doméstico, ya estudiados en su oportunidad.

Después de la ley mencionada apareció el primer Código de Trabajo, en el que se incorporan las distintas leyes que existían y el cual en su Art.73 nos decía: "El trabajador del servicio doméstico no estará sujeto al horario, pero gozará de un descanso mínimo de 10 horas diarias de las cuales ocho serán nocturnas y continuas y las otras dos deberían destinarse para las comidas, etc."

Como puede verse aún en el Código vigente, se regula la jornada de los domésticos, en una forma inhumana por cuanto úni

camente se rebajó de catorce a doce horas su jornada diaria y a setenta y dos semanales y es así como el Art.80 del C.de T., nos dice: "El trabajador de servicio doméstico no está sujeto a horario pero gozaría de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas, y las otras dos deberán destinarse para las comidas y además un día de descanso remunerada cada semana acumulable hasta en número de tres días. Se entiende que los trabajadores contratados a base de sueldo semanal, tienen incorporado en éste, el pago correspondiente a los días de descanso".

Se ha planteado el problema sobre si el Art.80 del C.de T. es inconstitucional, por cuanto fija en doce horas la jornada de los domésticos y el Art.182-6 de la C.P. establece que la jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas y la semana laboral de 44; yo considero que tal disposición del C. de T. no es inconstitucional, debido a que el régimen de éste no se aplica en toda su extensión al trabajador doméstico ya que la situación jurídica de estos trabajadores se encuentra regulada en un régimen especial comprendido en el Título III que comprende del Art.76 al 83 del C.de T.

6.-FORMA EN QUE NUESTRO CODIGO DE TRABAJO REGULA EL HORARIO DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE LOS DOMESTICOS EN PARTICULAR.

Con respecto a los trabajadores en general, el Art.165 del C.de T. nos dice: "El patrono fijará originariamente el horario de trabajo pero las modificaciones posteriores tendrá que hacerlas de acuerdo con los trabajadores. Los casos de desacuerdo se

rán resueltos por el Director General de Trabajo, atendiendo a lo preceptuado por el Código, convenciones y contrato colectivo, reglamentos internos de trabajo, a la índole de las labores de la empresa y a falta de esos elementos de juicio a razones de equidad y buen sentido".

Se señala como excepción al inc.lo. del Art. anteriormente citado el inciso último del artículo 166 del C. de T. que nos dice: que los trabajadores y patronos no podrán pactar, en labores esenciales a la comunidad, horarios de trabajo que lo perjudican.

En esta clase de servicio, el horario de trabajo deberá ser sometido a la aprobación del Director General de Trabajo.

Con respecto a los trabajadores domésticos ya vimos en el referido Art.80 del C. de T. que no se encuentran sometidos al horario, pero implícitamente se le impone al patrono, la obligación al decirnos que dichos trabajadores gozarán de un descanso de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas y las otras deberán destinarse a las comidas.

Lo anterior tiene razón de ser en el hecho de que estos trabajadores se dedican a labores propias de un hogar y los cuales desde luego se realizan de día, destinándose las horas nocturnas al descanso.

C.- EL SALARIO.

1.-Antecedentes.

2.-Concepto.

A.-Desde el punto de vista doctrinario, y

B.-Desde el punto de vista legal.

3.-Características.

4.-Forma en que nuestro Código regula el salario de los trabajadores del servicio doméstico.

5.-Breve reseña sobre el salario mínimo, conveniencia e inconveniencia de aplicarlo a los trabajadores domésticos.

1.-ANTECEDENTES.

El salario desde los tiempos más remotos ha sido una contraprestación pagada por el patrono a su sirviente o criado, a raíz de servicios prestados por éste a aquél. Este salario en un principio no fue pagado en moneda de curso legal, sino que mediante fichas, en comida o vivienda, y en otras formas; con relación a lo anterior, los tratadistas LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO Y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, nos dicen lo siguiente:

"Salvo la cooperación familiar, los servicios de buena voluntad, las prestaciones que integran modalidades de contribución y las formas mas o menos directas del trabajo obligatorio, toda actividad laboral es y ha sido remunerada. No equivale esto, a decir siempre e íntegramente se ha pagado en dinero el trabajo-. Durante siglos, los esclavos eran remunerados contra comida y vivienda.

Los primeros preceptos primitivos que se citan sobre el salario se encuentran en el Código de Hamurabi, unos dos mil años anteriores a la era cristiana, en donde aparece ya fijados salarios mínimos para jornaleros, tejedores, carpinteros, albañiles y otros oficios. Entregado de modo mas o menos completo partes, lo cual equivalía al predominio abrumador del -

patrono; el sistema del salario consta desde los más antiguos tiempos de Grecia y Roma.

En la Edad Media y dentro del derecho Hispánico, en los fueros de Aragón, en el título de Mercenarios, de su libro IV, se establece que el sirviente mercenario que no compensa al servicio, pida el salario al dueño; si éste niega que le debe tanto o cuanto pide aquél, jurando el criado sobre el libro de la cruz, cantidad que se le debe del salario, el amo le paga el salario restante que pidió.

A fines del Siglo XV durante el reinado de Isabel la Católica, se dictó el estatuto del Artífice, que fue la Ley Orgánica del Trabajo para éstos durante los Siglos XVI y XVII; por dicho estatuto se establecía que en cada localidad serían fijados los salarios corrientes por los jueces de Paz, anualmente y previa audiencia de los interesados, teniendo en cuenta la necesidad de los trabajadores de las industrias.

En la edad moderna la nueva recopilación complementaria contiene numerosas reglas sobre fijación de salarios, con sensible reducción para el de las mujeres, fijado con frecuencia en la mitad pero con disposición de expedito pago para el jornalero, que solía ser la noche del mismo día en que trabajaba, coetáneamente las leyes de Indias incluirán diversos preceptos para la regulación y permite el pago del salario de los indígenas.

La libertad o anarquía preconizaron en materia salarial constituyó la práctica generalizada de los fisiócratas y puso por obra la Revolución industrial. La etapa final en la materia se inicia con el intervencionismo estatal y se prolonga a

través de las negociaciones mas o menos equitativas que resultan de las convenciones colectivas de condiciones de trabajo. Ni aquellos ni éstos se opondrán mayor salario por cuando obrero patronal".(10)

Con relación a este tema el maestro Mario de la Cueva, nos dice: "Hemos escuchado muchas veces que el único patrimonio - del trabajador es su energía de trabajo, ya que es lo único que lleva consigo al penetrar en la empresa, de ahllí que las medidas primeras del estatuto laboral se ocuparán del tiempo de trabajo. Pero cuando la energía es entregada a otro y la salud y la vida hallan su aseguramiento en el derecho del trabajo, irrumpe en una relación dialéctica el salario, porque es el elemento que además de asegurar definitivamente la salud y la vida, permite al hombre elevarse hacia una vida auténticamente.

Para cumplir su misión, el salario debe de satisfacer con amplitud generosa las necesidades de toda índole del trabajador y en familia. Sobre este tema son auténticamente hermosos los textos mexicanos: es doloroso el olvido de la declaración de los derechos del hombre de la Constitución de 1857, que si no es la primera, sí es una de las más bellas de la historia; por eso lleva con orgullo el título de Hermana Mayor de la Declaración de los Derechos Sociales de 1897. Respondió claro ésta, el jusnaturalismo individualista pero contiene un párrafo incial en su artículo quinto, que bien podría ser el primer verso de un poema sobre el salario: Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin una justa retribución y sin su pleno consentimiento.

Paso el principio a la constitución de Querétaro y en su

Art.123 se habla además de salario remunerado.Solamente que la fórmula de la generación de la reforma se elevó hasta la idea - misma de la justicia, como el más puro de los valores jurídicos".
(11)

2.-CONCEPTO.-

a) DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO.

La Academia Española y Escriche entienden por salario "como expresión que suena a muy antigua, el estipendo, recomienda que los amos (empresarios, o patronos) den a los criados (obrerros o trabajadores), por razón de su empleo, servicio o trabajo- la academia agrega que salario significa también la retribución de los servicios personales; lo cual es atinado por cuanto permite incluir los sueldos de los empleados y técnicos; pero de holgura tal que abarca incluso los horarios que ya es desvarío".

Para Ihennng "el salario en sentido amplio, no sólo es el precio del trabajo sino el precio de la venta, los alquileres y el interés del dinero".(12)

Gide estima "que lo integra toda renta, provecho o beneficio cobrado por el hombre a cambio de su trabajo".(13)

Para Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres: "en resumen el salario es el conjunto de ventajas - materiales que el trabajador obtiene como remuneración del trabajo que presta en una relación subordinada laboral. Constituyéc el salario una contraprestación jurídica, y es una obligación - de carácter patrimonial a cargo del empresario; el cual se en-

cuentra obligado a satisfacerlo en tanto que el trabajador ponga su actividad profesional a disposición de aquél".(14)

Desde luego no es posible establecer un concepto unitario, del salario, válido en todas las disciplinas, creencias, económicas, pues la psicología y el derecho plantean hipótesis distintas y llegan como es natural, a conclusiones diferentes. Para la economía, en el frío análisis de los factores de la producción, el salario es un costo cuyo valor se determina de muy diferentes maneras, según cual sea el punto de vista que se tenga: liberal, marxista, neocapitalista, etc.

Desde el punto de vista psicológico, el salario se entiende como un factor fundamental que permite ser suficiente y adecuado para el desarrollo social hacia mejores formas de vida o de lo contrario, provoca conflictos que transforman la vida social.

Desde el punto de vista jurídico el salario, se entiende como objeto indirecto de la obligación en una relación sin alagmática.

Para el liberalismo, el salario es igual a la cantidad de artículos necesarios para alimentar y vestir al trabajador y su familia "o de acuerdo con Ricardo, lo que le cuesta a la sociedad permitir a los trabajadores subsistir y perpetuar la raza".(15)

Según Carlos Marx: "Visto superficialmente en el plano de la sociedad burguesa, el salario percibido por el obrero se presenta como el precio del trabajo, como una determinada suma de dinero que se paga por una determinada cantidad de trabajo, llamado precio necesario o natural de éste a su expresión en dinero -ahora bien, se pregunta Marx: ¿Qué es el valor de -

una mercancía? la forma materializada del trabajo social invertido para su producción y como se mide la magnitud de su valor.

Por la magnitud del trabajo que encierra. Sin embargo, debe distinguirse, señala Marx, entre el valor realmente invertido en la mercancía y el salario, en la economía capitalista, cubrirá el valor objetivo calculado de tal manera que origine plusvalía, porque, porque el valor del trabajo tiene que ser siempre más reducido que su producto de valor, pues el capitalista hace la fuerza de trabajo y que ésta funcione más tiempo del necesario para producir su propio valor, así en donde hace doce horas de trabajo el obrero recibirá sólo el producto del valor de -- seis horas de trabajo".(16)

Una concepción social del salario, podría ser la León XII expresa en Rerum Novarum al decir que: "debe ser suficiente para la sustentación de un obrero frugal y de buenas costumbres "Barass", ha resumido con precisión el concepto de la retribución. De acuerdo a sus palabras:

- a) el salario no es más que el precio del trabajo;
- b) es el medio de sustento del trabajador;
- c) es la parte reservada al capital técnico y anticipado por este último sobre el resultado de la venta del producto anticipado, descuento posible por el ahorro acumulado por el empresario, y
- d) es la compensación equitativa del trabajo".(17)

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL:

El Art.119 del C. de T. nos dice: "el salario es la retribución en dinero que el patrono está obligado a pagar al traba-

jador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo".

La Ley Federal de Trabajo vigente en México desde 1970, ha sido la que estableció un concepto que sin tener un valor definitivo dió al menos la virtud de expresar un deber ser.

En ese deber ser en que se apoya podría encontrarse fundamentalmente, inclusive una concepción socialista, ahora bien, su sentido social, podría aparecer expresado en mejores términos aún en el social podría aparecer en mejores términos en el Art. 3o. que exige que en cambio del trabajo se proporcione "un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia".

Hemos visto que la doctrina por intermedio de los diferentes tratadistas y los institutos legales, nos proporcionan conceptos de salario totalmente diferente tomando en consideración el hecho de si sus tesis y consideraciones que están inspirados en el liberalismo, socialismo, etc. de todos los conceptos transcritos, me inclino por el que nos proporciona nuestro Código de Trabajo por cuanto contempla en tal definición de la mayor parte de elementos o caracteres de tal prestación laboral.

3.-CARACTERISTICAS.

a) Debe ser remunerado, es decir, proporcional en su cuantía al tiempo de trabajo. Esta cualidad importa dos consecuencias:

1.-Significa que ningún trabajador puede recibir un salario inferior al mínimo general o especial en su caso, cuando trabaja la jornada legal.

2.--Será remunerado el salario inferior al mínimo que se cubre como consecuencia de una jornada inferior a la máxima.

B) Debe ser, por lo menos equivalente al mínimo.

C) Debe ser suficiente, es decir que debe cubrir las necesidades básicas de un trabajador y su familia.

D) Debe ser terminado o determinable, es decir que el trabajador debe saber de antemano que tiene derecho por la prestación del servicio convenido.

E) Debe pagarse periódicamente.

F) Debe de pagarse en moneda de curso legal.

G) El salario en especie debe ser apropiado y proporcional al salario pagado en efectivo.

H) Debe haber reciprocidad entre el salario y el servicio.

Los atributos anteriormente señalados del salario que nos proporciona la doctrina y no todos tienen cabida dentro de nuestro sistema legal.

4.--FORMA EN QUE NUESTRO CODIGO REGULA EL SALARIO DE LOS TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO.

El salario de esta clase de trabajadores se encuentra regulado en el Art.78 del C.de T., que nos dice: "salvo pacto en contrario, la retribución del servicio doméstico comprende además del salario convenido el suministro de alimentación y habitación".

Con el objeto de determinar si la alimentación y habitación que por regla general se le proporciona a los trabajadores domésticos, constituye una prestación adicional que por formar parte del salario el tratadista Guillermo Cabanellas dice:

"Alojamiento comida y vestimenta." Resulta frecuente en otros tiempos, especialmente en los locales de comercio que el trabajador viviera en régimen de internado; esto es alojado y mantenido por el patrono en casa de éste o en el establecimiento de la empresa. Sin alcanzar convivencia tan estrecha, es habitual todavía que porteros, serenos, guardianes y otros servidores posean vivienda allí donde prestan sus servicios. Si la misma se les concede por razón del trabajo; forma parte del salario y debe estimarse a efecto de indemnización, licencias y otros casos.

Si la vivienda no guarda nexos con las tareas, aún cuando se conceda gratuitamente, debe considerarse regulada por las normas del derecho civil: la de los arrendamientos urbanos, si se paga un alquiler, así sea en forma indirecta de percibir menos salario o en la modalidad de una cesión precaria, por causa de liberalismo y por ello mismo, esencialmente revocable.

En ciertas actividades, el uso de determinada ropa de trabajo obligatorio. Ante esa imposición, el patrono o empresario tiene que suministrar la que el trabajador utiliza durante el trabajo. Acontece así con los choferes, porteros, servicio doméstico, serenos, encargados y ascensoristas. En otros casos, la ropa suministrada lo es con el objeto de que se use para el trabajo a fin de uniformar la prestación de servicios; en otras oportunidades, los uniformes y ropa de trabajo se entregan mentáneamente por el empresario; y en algunas lo son por disposición de la ley o de convención colectiva. Existe pues, una diferencia entre la vestimenta o ropa que se suministra al traba

jador para uso personal y aquella que debe ser usada necesariamente por éste en su actividad. La vestimenta en este último su puesto, cuando integre obligación legal y para uso del trabajador en sus tareas, no configura remuneración; pues si bien economiza su propia ropa durante el servicio lo hace precisamente por razón de sus prestaciones. Cuando el trabajador usa fuera del local del trabajo el vestuario que se le facilita, tiene un beneficio, ya que suple una de las partidas de su presupuesto." (18)

Como vemos pues, tanto la doctrina como la mayor parte de tratadistas nos dicen que el salario es la prestación que el patrono paga al trabajador a cambio de sus servicios" sin limitarlo al dinero; y es así como hay ciertas legislaciones que nos dicen que el salario debe pagarse en dinero o en especies apreciables en dinero.

En nuestro medio la ley de contratación individual de trabajo, no contenía ninguna disposición que definiera el salario, en cambio en el proyecto de ley de 1953 sí se hace alusión a esta prestación laboral diciéndonos que es una mera retribución que el patrono debe dar al trabajador a cambio de sus servicios ya fuera en dinero o en cualquier otra especie apreciable en dinero, como alimentación, habitación, etc." cuando dicho proyecto se mandó a la Asamblea, el Ministro de Trabajo de ese entonces, cambió la redacción de dicho artículo, argumentando que nuestra Constitución Política establece que el salario debe pagarse en moneda de curso legal. En el seno de la Asamblea se discutió la circunstancia de que existen algunos trabajos que por su propia naturaleza y por la circunstancia en que se prestan,

que requieran que se le den al trabajador algunas prestaciones que no sea dinero y que se da como en pago de servicios prestados como por ejemplo, la alimentación, habitación y uniformes - que se dan aún consejo.

Ahora bien, nuestro Código de Trabajo vigente en el inciso 1o. del Art. 119 nos dice: "Salario 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".

El contenido de tal disposición tiene su fundamento en los Arts. 14 y 15 de la Ley Monetaria y en el 182, número 4 de la - C.P. que establecen que el salario debe pagarse en moneda de - curso legal.

Después de todo lo anteriormente escrito, vuelvo a plantear el problema sobre si la alimentación y habitación que el patrono está obligado a proporcionarle al trabajador doméstico, salvo pacto en contrario, constituyen prestaciones adicionales que forman o no parte del salario.

En mi opinión considero que tales prestaciones constituyen parte del salario, cuando el patrono le paga las vacaciones anuales al trabajador doméstico y es así como el Art. 184, del C. de T. nos dice: "si en virtud del contrato de trabajo o por las - normas de este Código el patrono proporciona al trabajador alojamiento, alimentación o ambos a la vez, deberá aumentarse la - remuneración de las vacaciones en un 25% por cada una de esas en el tiempo en que aquéllas se interrumpa, pues aunque las vacaciones no forman parte del salario, el monto de éste determina el monto de aquéllas. Con relación a las demás prestaciones a que tiene derecho esta clase de trabajadores, sólo se toma -

en consideración para determinar el monto de las mismas como indemnización, aguinaldo, el salario que se le paga en moneda de curso legal.

BREVE RESEÑA SOBRE EL SALARIO MINIMO, CONVENIENCIAS E --
INCONVENIENCIAS DE APLICARLO A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Se designa como salario mínimo, un límite retributivo laboral que no cabe disminuir,; la suma menos con que puede remunerarse determinado trabajo. En lugar y tiempo fijado. Para la consolidación de las leyes de trabajo en Brasil, se entiende como la contraprestación mínima debida y pagada directamente por el patrono a todo trabajador, inclusive a los trabajadores rurales sin distinción de sexo, por día normal de servicio y capaz de satisfacer en determinada época y región del país sus necesidades normales de alimentación, habitación, vestuario, higiene, transporte, Art.16.

Nueva Zelandia fue el primer país en 1894, en establecer el salario mínimo. Le siguió el Estado Australiano de Victoria en 1876; que la metrópoli Británica no lo adoptó hasta 1909. En los países Hispanoamericanos, la primacía corresponde al Perú, en 1916. En la actualidad constituye una garantía económica para los trabajadores implantada casi en todas las naciones. Su implantación en casi todos los países está rebelando la necesidad de impulsar su aplicación para obtener los resultados positivos que se desean. Como fundamento de su implantación se aduce la situación material lamentable en que se desenvuelven muchos sectores laborales cuando no existe un límite inferior retributivo y pueden los empresarios, explotando coyunturas -

económicas dejar en el desamparo a los trabajadores e implantar los salarios ínfimos. El Tratado de Versalles en su inc. 3o. de su célebre artículo 427 declara fundándose en el descontento, en la miseria y en la injusticia social, la necesidad de garantizar un salario que agregue condiciones decorosas de existencia. Esto ha llevado a algunos autores a denominación de salario garantizado al mínimo.

En el plano mundial la convención 26, adoptada en 1928 por la conferencia General de la O.I.T., instituyó los métodos de fijación de los salarios mínimos. Por aquel proyecto de convención todo miembro de la C.I.T. que hubiere ratificado tal convenio se comprometerá a instituir y a conservar métodos que permitan fijar las tarifas mínima de salarios para los trabajadores empleados en la industria; pero solamente cuando no existía un régimen eficaz para implantar salarios mediante convenios colectivos o de otro modo, y donde los salarios sean excepcionalmente bajos".(19)

En nuestro medio la Constitución Política en su Art.132, número 2, nos dice: "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente. Para fijar este salario se atenderá sobre todo el costo de la vida, a la índole de la labor, a los diferentes sistemas de remuneración y a las distintas zonas de producción. Este salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural".

Tal principio lo acoge nuestro Código de Trabajo y es así como el Art.122 nos dice: "el salario se estipulará libremente; pero no será inferior al mínimo fijado de las maneras establecidas en este Código."

Nuestro Código de Trabajo sólo nos enseña a un caso de excepción del cual el patrono no está obligado a pagarle al trabajador por lo menos el salario mínimo y es el contemplado en el Art.147 que dice: "Cuando los salarios mínimos se fijan por unidad de tiempo se referirán a la jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias. Cuando a la jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias. Cuando sea menos de ocho horas diarias pero mayor de cinco, el patrono estará obligado a pagar el salario mínimo fijado. La misma obligación tendrá -- si, para los efectos de completar la semana laboral, la jornada fuere menos de cinco horas. En cualquier otro caso, la remuneración será proporcional al tiempo de trabajo, etc.

Pero este derecho de devengar por lo menos el salario mínimo que tienen los trabajadores en general, no lo poseen los trabajadores domésticos.

INCONVENIENTES DE FIJARSELE SALARIO MINIMO A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

A) Debe regir la ley de la oferta y la demanda y por tanto establecerse los salarios sin intervención del legislador.

B) Ataca el rendimiento del trabajador doméstico pues se siente garantizado en cuanto a sus ingresos.

C) Iguala a todos los trabajadores domésticos en un mismo nivel sin tener en cuenta la capacidad de cada uno.

D) Señala una intervención del Estado que se orienta muchas veces hacia el salario político y desvirtúa en definitiva la verdadera finalidad de su establecimiento.

E) Provoca el desempleo de los trabajadores domésticos - pues muchas amas de casa no pueden pagarlo.

F) Y como consecuencia de un trabajador doméstico no pueden hacer uso muchas amas de casa, ocasionando ello un trastorno en el normal desenvolvimiento de un hogar.

VENTAJAS

A) Aumenta el nivel moral e intelectual de los trabajadores, lo mismo que el poder adquisitivo de éstos.

B) Un salario inferior al mínimo provoca malestar en esta clase de trabajadores y como consecuencia de ello se origina el problema de la inestabilidad.

C) Se justifica además por el intervencionismo estatal - que no puede permanecer indiferente ante la situación en que se encuentren tales trabajadores.

D.-LAS VACACIONES ANUALES

1.-Concepto.

2.-Antecedentes y finalidades.

3.-Necesidades reales a que corresponden el Instituto.

4.-Principios fundamentales que gobiernan al Instituto.

5.-Condiciones para la adquisición del derecho.

6.-Naturaleza jurídica del Jornal de vacaciones.

7.-Efectos Jurídicos de la vacación.

8.-Forma en que nuestro Código regula las vacaciones de los trabajadores en general y de los domésticos.

- a) Requisitos que deben llenar los trabajadores para tener derecho a las vacaciones.
- b) Duración del período de vacaciones.
- c) Remuneración de las vacaciones.
- d) Protección a este derecho del trabajador.

1.-CONCEPTO.

En sentido amplio, por vacaciones o vacación se designa la temporada, desde algunos días a varios meses, en que se cesa en el trabajo habitual, en los negocios, estudios, servicios, procesos y demás actividades, a fin de disponer de tiempo para un descanso reparador, para entregarse a ocupaciones personales necesarias o a distracciones. A la necesidad de la recuperación de energías, en los dedicados a tareas corporales o de esfuerzo fisiológico preponderante y a la de descargar la atención o la mente en los que realizan trabajos de aplicación intelectual, se han unido en esta práctica, convertida luego en derecho y aún en deber, razones climáticas ya que por lo común se destinan las vacaciones los meses en que por el calor y en los climas glaciales, por el frío el organismo se encuentra menos propicio a la actividad obligada.

Para el tecnicismo laboral, las vacaciones anuales retribuidas pueden ser definidas como el derecho al descanso ininterrumpido variable desde unos días hasta más de un mes; que el trabajador tiene, como goce de su remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios. El tiempo que dura la cesación de trabajo, cuando ésta es voluntaria y no for-

zada, es de vacación y si durante ese tiempo se abona salario, se configuran las vacaciones retribuidas que al conceder se ajustadas a cada lapso anual, integran el pleno concepto de vacaciones anuales retribuidas.

La C.I.F. señala "que por vacaciones anuales retribuidas de los asalariados se entiende un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días de fiesta, días de enfermedad, durante los cuales, cada año, llenando el trabajador ciertas condiciones de servicio, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración".(20)

Por su parte, Montenegro Baca, considera que las vacaciones "son el derecho del trabajador a suspender la prestación del servicio en la oportunidad señalada por la ley, sin pérdida de la remuneración habitual, con el fin de atender a los deberes de restauración orgánica y de vida social, siempre que hubiera cumplido con los requisitos exigidos por las disposiciones legales".(21)

2.- ANTECEDENTES Y FINALIDADES.

Con respecto a este tema los tratadistas LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, nos dicen:

"En tanto que el descanso dominical cuenta con remotos antecedentes sobre todo por razones de orden religioso, las vacaciones anuales pagadas constituyen una conquista muy reciente de la clase de oficios, además del descanso dominical y el del sábado por la tarde se establecían otras numerosas festividades, ni puede afirmarse que constituyen verdaderas vacaciones.

Tampoco son tales los nueve días de bulliciosa celebración, incompatibles con un reposo reparador a que se entregan los incas durante el inti-Raymi o Pascua del Sol, lapso en el cual el estado satisfacía los gastos de subsistencia y diversos de los súbditos.

En el presente, el número de días de fiesta ha disminuido en cambio se conceden vacaciones en cierto modo equivalentes a la reunión de todas aquellas fiestas en determinado lapso; lo cual permite descanso más útil.

Aunque existe un precedente inglés de 1872, de vacaciones remuneradas en la industria, hasta muy entrado el Siglo XX no se reconoce con amplitud legal esta aspiración. En Brasil, primer país americano en tal aspecto, no legisló sobre la materia hasta 1920, pero en la actualidad es ya principio laboral admitido en ésta, incluso en las diversas constituciones posteriores a esa fecha.

En el aspecto físico, el descanso responde a un imperativo fisiológico; ya que el ser humano es necesario interrumpir de vez en cuando sus actividades para reponer las energías consumidas en un trabajo anterior; en el orden cultural y del esparcimiento, la cesación periódica en el trabajo permite al trabajador el empleo de su inteligencia o del de sus sentimientos en obras recreativas o educadoras; en el aspecto familiar, el reposo periódico hace que el trabajador al estar más tiempo junto a los suyos, pueda cuidar de quienes de él dependen y en contribuir a darle mayor realce a la vida hogareña; en el orden religioso, el descanso constituye para muchas creencias una obligación, cual es la de santificar las fiestas, por

último, como señala García Oviedo, al Estado le interesa que su población no degenera, y para ello ha de evitar el desgaste que en todo organismo físico produce un régimen de trabajo sin reposo tocándole velar por la raza, sustrayendo a sus miembros de todo lo que pueda debilitarla, le interesa al estado que el nivel de cultura no descienda sino que aumente procurando un sistema de descanso que proporcione al espíritu ocasión de ilustrarse. Como bien se ha sostenido, es incontestable que el hombre como cualquiera otra máquina o elemento de la producción, necesita un reposo, una renovación ya que con el constante uso, sea la máquina o el elemento de la musculatura fisiológica o el mecánico, se convierte en inservible o necesita renovación.

Las pausas e interrupciones en el trabajo diario, la suspensión de éste durante determinado lapso de jornada, alojamiento, el descanso semanal, e incluso los feriados, permiten que el trabajador reponga sus energías pero las vacaciones que prolongan el reposo durante un período más largo que puedan eliminarse totalmente los residuos acumulados de fatiga en el curso del año dan al trabajador una completa renovación y el disfrute de ciertas comodidades que la vida moderna otorga, con el turismo se torna asequible y abre a todas las ventajas de la actual civilización".(22)

3.-NECESIDADES REALES A QUE RESPONDE EL INSTITUTO.

Con relación a las necesidades reales a que responden las vacaciones, FRANCISCO FERRARI, nos dice: "El Instituto de

la vacación anual tiende pues, a preservar al hombre del desgaste físico que experimenta en una sociedad como la actual, - que lo obliga a cumplir grandes esfuerzos y en cuyo seno las condiciones de vida son muchas veces artificiales. Mas concretamente, podría decirse que en determinado momento de la evolución se advirtió que las disposiciones sobre limitación de la jornada de trabajo y el descanso semanal eran insuficientes la jornada de trabajo y el descanso semanal, para alcanzar el objetivo que perseguían tales leyes.

La vida moderna en efecto, con el desarrollo del maquinismo, los planes de racionalización del trabajo, las formas de producción colectiva, el crecimiento y densidad de los centros urbanos, el fenómeno de la concentración industrial y el predominio, cada vez mayor, del trabajo intelectual sobre las viejas formas de la actividad manual crearon un género de vida antinatural e hicieron nacer la necesidad de descansar algunos días durante el año, lejos de la aciudad de los lugares de trabajo".(23)

4.-PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE GOBIERNAN AL INSTITUTO.

Con relación a este sistema el tratadista argentino citado anteriormente dice: "La consideración precedente permite determinar uno de los principios básicos del Instituto que nos ocupa. Si el descanso anual viene a satisfacer la necesidad de descansar que siente el trabajador de nuestro tiempo como consecuencia de verse obligado a trabajar intensamente durante el año y llevar una vida antinatural, la vacación debe de ser dis

frutada efectivamente, si es posible en el campo en la playa, lejos del lugar de la prestación del servicio dictar otras leyes complementarias destinadas a organizar los ocios y las horas libres del trabajador. Nuestro derecho ha seguido también esta orientación, como se desprende del Art.26 de la Ley 12.500

Por consiguiente, se desconoce la finalidad del instituto y se conspira contra él, cuando en lugar de conceder la licencia se entrega al trabajador una simple compensación en metálico. Toda estipulación tendiente a sustituir la licencia por una compensación consistente en una retribución mayor o simplemente en una cantidad de dinero, es considerada nula por la ley. (Art.15).

En consecuencia, en tesis general, la licencia no puede convertirse, por una operación contractual, en un crédito contra el empleador. El derecho a la vacación anual es irrenunciable, como la mayoría de los derechos que integran la legislación del trabajo, y nadie puede ni directa ni indirectamente, dejarlos sin efecto.

Durante su vacación -dice Lyon-Caen- el asalariado no puede trabajar ni para su empleador ni para otro. "tiene obligación de descansar y en caso de que el asalariado aceptara trabajar se expondría a una acción de daños y perjuicios". La ley brasileña también prohíbe "trabajar en establecimiento alguno durante la vacación."(24)

5.-CONDICIONES PARA LA ADQUISICION DEL DERECHO.

Por considerar de mucha importancia transcribiré lo que al respecto nos dice el tratadista argentino FRANCISCO TERRA-

RI. "Trabajo efectivo, para tener derecho a la licencia anual el trabajador debe computar doce meses o veinticuatro quincenas o cincuenta y dos semanas de trabajo. Sin embargo esto es verdad solamente en parte porque cuando el asalariado no computa en el año el número de meses, quincenas o semanas mencionados, tiene lo mismo el derecho, dentro del cuadro del año civil, a que se le otorguen los días de vacación que puedan corresponderle por el tiempo trabajado hasta el 31 de diciembre de cada año.

Como se ve, nuestro derecho sigue el sistema del año civil, solar o calendario y no el del año aniversario o más propiamente cronológico. En consecuencia, el proceso de adquisición del derecho a la vacación debe cumplirse dentro del año civil, y no después de un año de consecutivo el trabajo, a menos que un decreto de administración disponga otra cosa (Art. 4, inc. final). Si el asalariado no completa en el año el número de meses, quincenas o semanas exigidos por la ley, el patrono está obligado a otorgar una licencia inferior a la común y proporcional al tiempo trabajado. Nuestro derecho al seguir el sistema del año calendario se apartó de la verdadera solución, porque como García Martínez, lo que las leyes de esta materia quieren es "que el descanso sea anual, que a cada año de trabajo efectivo cualquiera sea el día en que el trabajador haya empezado a prestar servicios, corresponda el período de licencia."

Por esto también la ley argentina sigue el sistema del año aniversario, conclusión a la que llegó García Martínez des

pués de analizar el debate parlamentario de la ley.

Si bien ajusta la licencia al año solar puede tener alguna ventaja de orden práctico, la verdad es que el sistema -- adoptado por la ley nacional permite eventualmente otorgar en el año licencias de dos o tres días.

Indudablemente, en esta parte la ley nacional es una obra original que aparta al instituto de sus fines sociales e higiénicos porque las licencias de dos o tres días que deben darse por este particular sistema legal no cumplen las funciones previstas por lo que se acaba de decir y porque se otorgan además a personas que pertenecieron ociosas e inactivas durante gran parte del año. La preocupación de que el obrero no pierda nunca su derecho, esta minuciosa contabilización que las disposiciones legales mandan hacer del esfuerzo humano, la dosificación de la fatiga que dispone la ley, da a ésta el carácter de un mecanismo de alta precisión, pero, en cambio aparta sin duda el instituto de la vacación obrera de sus verdaderos objetivos sociales e higiénicos.

Consideraciones similares deben hacerse de nuestro régimen legal en cuanto no exige, para adquirir el derecho, por lo menos un mínimo de trabajo efectivo en el año civil, porque si por concurrencia de diversas adversidades (enfermedades, siniestros de graves consecuencias, paralizaciones, huelgas, etc.) el trabajador logra en el año computar simplemente, 30 o 40 días de trabajo efectivo, tiene igualmente derecho a una licencia en algunos casos total y en otros parcial o reducida.

Este criterio no es el que encontramos, en general, en el derecho comparado. En la ley argentina es indispensable - "que los trabajadores hayan prestado servicios durante la mitad como mínimo, de los días hábiles entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre".

La ley peruana concede el derecho a la vacación al que le cómpute en el año, 260 días de trabajo efectivo.

La ley chilena exige la prestación del servicio durante 228 días en el año. Si trabaja menos de 228 y más de 220 días tiene derecho a una vacación más corta.

Queriendo expresar el sentido de las leyes sobre esta materia, dice Pierre Waline -refiriéndose al régimen francés- que dichos textos legales descansa en el principio de un día hábil por un mes de trabajo efectivo".

"El derecho de un trabajador a las vacaciones anuales pagadas de servicio suele estar supeditado a un período mínimo de servicios. Un año de servicio ininterrumpido es el período que más corrientemente especifica la legislación sobre vacaciones. En algunos países el año de empleo continuo debe incluir un determinado período de asistencia o de trabajo efectivo. En el Japón por ejemplo un trabajador tiene derecho a vacaciones anuales pagadas después de haber estado empleado contínuamente durante un año y presente en el trabajo durante más del 80% de los días laborables".

En Francia, la ley del 20 de junio de 1936, concedía la licencia después de "un año de servicios continuos".

Pero en el año 1940 se abandonó en dicho país el princi-

pio de la "continuidad del servicio por el criterio del trabajo efectivo", cumplido al servicio del mismo patrono (ley del 13 de abril de 1940). La nueva fórmula parece más justa, sobre todo porque para la jurisprudencia y la reglamentación de la ley de 1936, "La continuidad del servicio o está ligada a la continuidad del contrato". Mientras el contrato subsiste, o no hubiere llegado a su término. Existía continuidad del servicio.

En realidad parece más lógico desde el punto de vista de la necesidad del descanso tomar en cuenta, no la continuidad del contrato, sino la efectividad del servicio.

Nuestra legislación sigue también el principio de la continuidad del contrato y no la idea del trabajo efectivo, según resulta de los Arts.1, 2 y 3 de la ley. Por eso mismo no exige, como debiera ser, un mínimo de jornada o meses de prestación efectiva del servicio dentro del año. Confírmalo el Art.4, - según el cual no se descontarán los días que el trabajador - ha dejado de trabajar por festividades, enfermedad no mayor de 30 días, huelga, paralización de los trabajos u otra causa no imputable al obrero o empleado y siempre que éstos hayan quedado a la orden del establecimiento.

Posteriormente el Art.2 de la Ley 13.556 estableció que a los fines del cálculo de la licencia anual se considerará que el trabajador está a la orden del patrono durante el paso en que esté vigente el contrato de trabajo, agregando que en los casos en que existen dudas acerca de si el trabajador ha permanecido o no a la orden, la carga de la prueba corresponderá al empleador.

La fórmula de nuestro derecho positivo, como se ve, permite aplicar con gran libertad la ley, ya que al revés de lo que ocurre en otros países, no existe un mínimo de trabajo efectivo, siguiendo, por el contrario, el criterio de la continuidad del contrato.

Como es fácil comprender, pueden producirse con frecuencia en el año, la paralización de los trabajos por hechos no imputables al trabajador. Este por otra parte puede permanecer por largos períodos a la orden del establecimiento, sin computar en el año un mínimo de trabajo efectivo que justifique la necesidad del descanso anual.

Además la ley no se refiere a ningún tipo especial de paralización del trabajo. No dice qué clase de falta de trabajo quiso aludir. No sé si son paralizaciones esporádicas las que han tenido en cuenta el legislador o las breves o las zafrales, y el no haber hecho distinción de ninguna clase, ni haber exigido un ánimo de trabajo efectivo en el año, no puede el intérprete hacer discriminaciones, ni mucho menos, decir - que el legislador se refirió a determinadas paralizaciones del trabajo no a otras.

Los patronos sostienen sistemáticamente que la ley se ha referido a las paralizaciones breves y que de ninguna manera quiso dar licencias al que no trabaja. Fundando tal punto de vista, recuerdan que tratándose de enfermedades se toman en cuenta solamente las menores de 30 días, por lo que debe entenderse que ese es el criterio del legislador.

Sin embargo, cuesta poco comprender que podría sostener

se también la tesis opuesta y afirmar que cuando el legislador quiso establecer una limitación, lo hizo de modo expreso, como en el caso de la enfermedad.

El problema que nos ocupa se agudiza de modo especial - tratándose de las actividades zafrales. Terminada la zafra, el personal queda a la orden no cabe dudas de que quedan a la orden, en el caso concreto de los frigoríficos y de las barracas de lana. En estas actividades existen cajas de compensación que mantienen indefinidamente la vinculación del personal con los establecimientos y en tales casos el derecho a la licencia está expresamente reconocido por la ley (Art.13) pero en las demás actividades zafrales, a falta de disposiciones o regímenes legales especiales, puede sostenerse, doctrinariamente, que el personal queda también a la orden y por lo tanto, tiene derecho a la licencia, sin necesidad para ello, de invocar un mínimo razonable de trabajo efectivo.

Nuestra ley no habla, como dijimos, de trabajo efectivo, sino simplemente de trabajo, apartándose así de la solución - seguida en otros países, en los cuales, según RUSSOMANO, -- "las licencias son dadas en función del número de días efectivamente trabajados por el obrero durante el período de adquisición del derecho, las razones de ello son fácilmente comprensibles. Las licencias tienen por fin la reparación del desgaste orgánico sufrido por el trabajador.

Estas conclusiones del ilustre maestro deben compartirse. La efectividad del servicio deberá ser también en nuestra ley una condición esencial para la adquisición del beneficio. Es -

lógico que no sea indispensable prestar efectivamente el servicio cuando se trata del salario, porque se sabe que el empleador se obliga a remunerar tanto al trabajo cumplido efectivamente como la suspensión simple de su disponibilidad del servicio; pero no puede seguirse el mismo criterio cuando se trata, como en ésta, de disposiciones que responden a fines distintos de carácter socio-higiénico de distinto carácter, - con relación a tales disposiciones el servicio debe prestarse necesariamente por lo menos durante un período porque de lo contrario el descanso destinado a recuperar energías empieza a separarse de su ratio legis.

La ley habla de meses, semanas o quincenas y no de un número determinado de días, ni de trabajo efectivamente cumplido. Por consiguiente no aclara si debe tratarse de jornadas completas (en las que se han cubierto el máximo legal de horas) o si ley, como acaba de decirse no distinguirse por lo que debe seguirse el principio general de nuestro derecho en virtud del cual se equiparan a los efectos legales todas las jornadas, - sean éstas completas o no".(25)

6.-NATURALEZA JURIDICA DEL JORNAL DE VACACIONES.

Con relación a este tema FRANCISCO DE FERRARI, nos dice. "la doctrina atribuye distinta naturaleza jurídica a la obligación de pagar al trabajador una suma de dinero durante la - vacación anual.

Originalmente tal obligación pudo tener en nuestro país una naturaleza premial, ya que el decreto-ley 9000 del 27 de -

abril de 1933, concedía la licencia anual a los trabajadores que habían observado conducta durante el año, buena.

Una parte de la doctrina nacional se inclina a asignar a dicha obligación naturaleza siguiendo para ello algunos autores, una interpretación puramente piedeletrista basada en la expresión "jornal de vacaciones que emplea la ley. Otros autores en cambio, se adhieren a esta tesis por entender como lo hace CABANELLAS que se trata de un salario diferido que el trabajador recibe en el sentido de que es un derecho a percibir la remuneración sin prestar el servicio pero con la obligación de aplicar dicho lapso de tiempo a su reposo, lo que - configura para el patrono un beneficio indirecto que obtiene al acentuar la productividad del trabajador".

Esta interpretación debe ser desechada. El legislador nacional empleó sin duda con manifiesta impropiedad el término jornal, y en cuanto a la teoría del salario diferido debe entenderse que se trata de una construcción artificiosa que no corresponde a lo que las partes convinieron al ajustar el contrato.

Más fundada, en cambio, es la posición doctrinal según - la cual lo que el trabajador recibe con motivo de sus vacaciones, es una indemnización. Conforme al criterio resarcitorio, el trabajador que hace uso de la licencia tiene derecho a percibir una suma equivalente al salario que la ley al obligarlo a descansar no le permite percibir. Dicha suma se manda a pagar para reparar el daño que la sociedad, por razones superiores de interés general, le causa al asalariado al dictar esta medida de organización social.

"La ley del 20 de junio de 1936, dice LYON-CAEN, no solamente prescribe el otorgamiento a los asalariados de vacaciones anuales, sino que ella quiere que el asalariado reciba durante su vacación remuneración llamada indemnización de vacaciones pagadas".

La suma de dinero que el trabajador recibe del empleador durante la licencia, nuestra ley la llama propiamente "jornal" de vacaciones (pudo haber empleado la expresión prestación o asignación) no es que entre nosotros una indemnización pagada con el fin de reparar al trabajador el perjuicio que representa para él la pérdida del salario durante la vacación.

La ley por razones de orden público -no le permite al asalariado trabajar en esas circunstancias una cantidad igual a la que pierde por efecto de esa prohibición. El asalariado dice DURAND "tiene derecho a una indemnización diaria por cada día laborable comprendido en el período de descanso. Pero en nuestro derecho este principio resarcitorio no parece regir.

Es posible que a esta altura de la evolución del Instituto, no deba seguirse ninguno de los dos criterios ni el resarcitorio deba seguirse ninguno de los salarios, en realidad no se trata ni de un salario, como dice nuestra ley, ni de un salario diferido, como sostienen especial semejante a la significación familiar o a las que el trabajador recibe a fin de año (aguinaldo) o en ciertos días feriados determinados por la ley.

En los orígenes de este Instituto pudo hablarse con pro-

piedad de indemnización porque las primeras normas legales se limitaron a afirmar el derecho al descanso. La ley, por razones de orden público, no permitirá al asalariado trabajar, pero se disponía que en esas circunstancias se le entregara como ocurre todavía, en la mayoría de los países, una suma destinada a resarcirlo de los daños que le causaba. Esa suma fue entonces y sigue siendo equivalente a los jornales perdidos. Es verdad que se trataba de un daño que no provenía de un acto culposo, y que por eso mismo lo que se pagaba no tenía el carácter de una indemnización.

Pero tampoco lo que recibe en esta circunstancia el trabajador tiene carácter salarial, la expresión "JORNAL" empleada por nuestro legislador carece de sentido y precisión jurídica ya que el jornal es el nombre que se da a lo que debe pagar el empleador por la prestación del servicio o el derecho de disponer de éste.

Ahora bien, en el caso de las vacaciones anuales no hay prestación de servicio ni el asalariado está obligado tampoco a permanecer a la orden del empleador, siendo por lo tanto, incorrecto hablar en estos casos de salario o jornal. Emplear dicho término como lo hace nuestra ley, es apartarla de las nociones técnicas, y el mantenimiento de tal vocablo para designar la asignación que nos ocupa, obligaría a proceder a una inmediata reelaboración del concepto salario, lo que colocaría a la doctrina uruguaya en la situación de tener que usar un lenguaje desconocido para la jurista.

Tampoco lo que recibe el trabajador en esta circunstan-

cia es un "salario diferido". Como enseña CABANELLAS. Es, lisa y llanamente, una prestación especial y la doctrina debería decirlo abiertamente. Dicha prestación figura entre las condiciones con arreglo, a las cuales es permitido el trabajo subordinado en el mundo contemporáneo. El hombre puede actualmente utilizar u ofrecer esa clase de trabajo, pero siempre que no se utilice durante más de ocho horas diarias, que se paguen determinados salarios, que se concedan descansos semanales y anuales, etc.

Lo que recibe el trabajador, durante la vacación anual, no es lo que deja de percibir, (no es una indemnización) ni tampoco un salario, porque cuando descansa el trabajador no presta servicio. Es una prestación que la evolución de este instituto será muy pronto mayor que el daño concreto o salario de perder. Dicha asignación será, en definitiva fijada y teniendo en cuenta el costo real del descanso, que generalmente el salario no logra cubrir. El criterio resarcitorio que es seguramente más jurídico, no es seguido por nuestro derecho, ya que en ninguna de sus disposiciones habla de "indemnización", como ocurre en otras leyes extranjeras a su vez, el convenio internacional número 52, convertido en ley nacional, habla de una suma equivalente a la remunerada habitual", y no del salario perdido efectivamente.

El hecho de que este momento de esa asignación sea cuantitativamente igual al salario o a la remuneración habitual, "no quiere decir que debe considerarse de naturaleza salarial".

No debe prosperar tampoco la tesis del insigne maestro - DEVEALI, cuando asimila las sumas que recibe cuando el empleador no utiliza el servicio.

En realidad como ya vimos, lo que contrata el empleador es tanto la disponibilidad del servicio, como su prestación. Lo que le interesa en la empresa es poder disponer del trabajo personal en el momento oportuno, o cuando lo necesitara. Esta disponibilidad tiene para él un valor económico tan importante como la prestación real del servicio. Por esta razón le debe el salario indistintamente cuando trabaja o cuando pertenece a la orden, privado de su derecho de ofrecer sus servicios a otros. Por eso, el salario es una suma estipulada, que el empleador se obliga a pagar como contra partida de la obligación de prestar el servicio o la obligación de pertenecer a la orden.

Ahora bien, cuando un trabajador hace uso de su licencia no se encuentra en ninguna de esas dos situaciones, no recibe ningún salario porque no está a la orden del empleador ni presta su servicio. Está simplemente incapacitado descansando, porque la ley lo obliga a ello y como esta obligación le impide ganar su jornal, la sociedad le repara dicho daño, disponiendo el pago de una cantidad equivalente en general al salario.

Para nosotros lo que recibe el trabajador en estas circunstancias es una prestación de la seguridad social. Como se sabe, en los últimos tiempos se ha producido una notable evolución en las ideas jurídicas sobre la materia. La previsión social, que debe a la iniciativa privada los primeros esfuerzos organizados, se convirtió con el tiempo en una actividad

del Estado. Asimismo poco a poco, se fue atenuando la influencia que el seguro mercantil ejerció sobre las formas primitivas del seguro social.

Sobre esto, si antes el fundamento jurídico de las relaciones creaba la previsión colectiva era el contrato, en la actualidad jurídicamente, esas relaciones son o tienen que ser las propias del servicio público, por consiguiente, para fijar la naturaleza y cuantía de la prestación no interesa lo que el hombre aportó sino lo que necesita en cada caso, al revés de lo que ocurrió en el período inicial de los seguros sociales, que impregnados todavía de los principios del seguro mercantil, hacían efectivas a sus afiliados prestaciones mayores o menores según las cotizaciones vertidas, porque siendo un contrato lo que se celebra sabía mantenerse entre las obligaciones de las partes una relación conmutativa.

Hoy la seguridad social, superando las concepciones del primer momento, muestra cada vez en forma más clara que solamente toma en cuenta estado de necesidad y los repara en una forma racional y solidaria, y no conmutativa. Asimismo ha prescindido de la idea del riesgo por la significativa carga social. Dentro de esta nueva concepción la sociedad tomó a su cargo, como no podría ser de otra manera, todos los estados de necesidad aunque no provengan del cumplimiento de un riesgo.

Por todo esto consideramos que lo que la ley llama imprópiamente "jornal de vacaciones" es en realidad una prestación de la seguridad social. Como la licencia importa la pérdida -

del salario, la sociedad manda reparar ese estado de necesidad pagando una suma equivalente a la que el trabajador pierde.

Todas las prestaciones de la seguridad social tienden a reemplazar el salario, razón por la cual Cameronlynck, que parece seguir es salario, esta tendencia, dice que lo que recibe el trabajador durante la licencia no es un salario sino un sustituto del salario", es decir, una prestación de la seguridad de la sociedad.

Por ahora esa suma debe pagarla el empleador porque así lo dispone la ley. Pero tal circunstancia significa que ella integre el salario o sea salario. Es simplemente una prestación porque se hace efectiva con el fin de atenuar un estado de necesidad y no para reparar un daño causado por el empleador.

La misma naturaleza tiene la obligación de pagar al trabajador, en determinados feriados, una suma equivalente al salario.

Todo hombre tiene la necesidad y el derecho de asociarse a la celebración de las grandes efemérides. También debe tener el derecho, si es creyente de participar en las fiestas religiosas fundamentales correspondientes a la liturgia de su credo, y el fugaz estado de necesidad provocado legítimamente por estos hechos, debe ser también atendido mediante una prestación de la seguridad social. Esta debe ser y es una carga social, y no una obligación de patrono derivado del contrato. A la comunidad le interesa la conservación y práctica de los cultos cívicos o religiosos por lo que ellos tienen de fuerzas morales que aseguran la continuidad de la vida del grupo.

Como se ve estamos nuevamente en este caso frente a institutos que están en tránsito en el derecho del trabajo. Perteneciendo a esta rama jurídica quedarán con el tiempo, únicamente, las normas relativas a la concesión de la licencia y sus modalidades de aplicación, así como su modalidad, porque el legítimo derecho de descansar que tiene el trabajador debe ser armonizado con las necesidades de la empresa".(26)

7.-EFECTOS JURIDICOS DE LA VACACION.-

De Ferrari en relación a este tema nos dice. "Desde estos otros puntos de vista cabe expresar que como el descanso semanal y los descansos intermedios que cortan la jornada de trabajo, la vacación anual trae aparejada simplemente la suspensión del contrato. "En consecuencia, dieron DURAND el empleador está obligado en el mismo empleo que ocupa antes de tomar la vacación".

La vacación anual, dice KROTOSCHIN, es una liberación temporaria del trabajador con respecto a su obligación de estar a disposición del patrono sólo permite que el dependiente no cumpla con su obligación de trabajo.

La vacación pues, es, lisa y llanamente un accidente, una interrupción periódica y determinada por la ley o el contrato, que sufre éste durante su cumplimiento".(27)

8.-FORMA EN QUE NUESTRO CODIGO REGULA LA VACACION ANUAL DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE LOS DOMESTICOS.

A esta prestación laboral, tienen derecho todos los tra-

bajadores y nuestro Código de Trabajo la ha regulado en una forma general para todos, sin distinción alguna, en el Capítulo V que comprende del Art.177 al 189 de dicho instituto y encuentra su fundamento en el Art.182, número 9 de la C.P. que a la letra dice: "Todo trabajador que acredite una prestación mínima de servicios durante un lapso dado, tendrá derecho a vacaciones anuales remuneradas en la forma que determinará la ley. Las vacaciones no podrán compensarse en dinero, y a la obligación del patrono de darlas corresponde la del trabajador de tomarlas".

a) Requisitos que deben llenar los trabajadores para tener derecho a las vacaciones.

1) Haber laborado un año continuo en la misma empresa o establecimiento bajo la dependencia de un mismo patrono, Art. 177 primera parte del C.de T. Los años de trabajo continuo a que se refiere dicho artículo se contarán a partir de la fecha en que el trabajador comenzó a prestar su servicio al patrono y vencerá en la fecha correspondiente de cada uno de los años posteriores, tal como lo establece el Art.179 del C.de T.

Se entiende que tal continuidad no se interrumpe en aquellos casos en que se suspende el contrato de trabajo, contemplados del Art.36 al 46 del C. de T. pero los días que durante la suspensión no se computará como días trabajados de acuerdo al Art.181 de dicho Código.

2) Acreditar un mínimo de 200 días trabajados en el año, aunque en el contrato respectivo no se le exija trabajar todos

los días de la semana ni se exija trabajar el máximo de horas ordinarias. Art. 180 C. de T.

No son necesarios los requisitos mencionados para que un trabajador tenga derecho a las vacaciones, cuando el patrono disponga que todo el personal de la empresa o establecimiento disfrute colectivamente, dentro de un mismo período, de la vacación anual remunerada, como lo establece el Art. 189 del C. de T., inc. 1, trabajadores que no tienen derecho a las vacaciones.

No tendrán derecho a esta prestación los trabajadores - que durante el año hubieren estado injustificablemente quince o más días faltando a su trabajo.

Gozarán únicamente la mitad de las vacaciones, cuando - los días faltados injustificablemente no excedan de catorce - pero si fueren menos de cinco, tendrán derecho a las vacaciones completas, tal como lo dispone el Art. 186 del C. de T. Lo dispuesto en este artículo, no tiene aplicación en el caso ya apuntado del Art. 189, inc. del C. de T. o sea cuando el patro no le de vacaciones a todos sus trabajadores.

b) Duración del período de vacaciones.

La duración del período de vacaciones será de quince - días como lo señala el Art. 177 del C. de T. Los días de asue- to y de descanso semanal que quedaren comprendidos dentro del período de vacaciones no prolongarán la duración de éstas pero las vacaciones no podrán iniciarse en tales días. Los descan- sos semanales compensatorios no podrán incluirse dentro del - período de vacaciones como lo establece el Art. 178 del C. de T.

Como excepción al período de 15 días de duración de las vacaciones, se encuentra el caso contemplado en el Art.189 - inc.2, del C. de T. que dice: "También podrá el patrono, de acuerdo con la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento, fraccionar las vacaciones en los períodos de dos o más dentro del año de trabajo. Si fueren dos, cada período deberá durar diez días por lo menos; y si fueren tres o más siete días como mínimo".

c) Remuneración de las vacaciones.

Los quince días de vacaciones serán remunerados con una prestación equivalente al salario ordinario correspondiente a dicho lapso más un 30% del mismo como lo establece el Art. 177 del C. de T.

Ahora bien, si en virtud del contrato de trabajo o por las normas de este Código, el patrono proporcionare al trabajador alojamiento, alimentación o más a la vez, deberá aumentarse la remuneración de las vacaciones en un 25% por cada uno de ellas, siempre que durante éstas interrumpen aquéllas, tal como lo estatuye el Art.184 del C. de T.

Y el Art.183 del C. de T. nos dice: "para calcular la remuneración que el trabajador debe recibir en concepto de prestación por vacaciones esto tomará en cuenta:

1.-El salario básico que devengue a la fecha en que deba gozar de ellas cuando el salario hubiere sido estipulado por unidad de tiempo.

2.-El salario básico que resulte de dividir los salarios ordinarios que el trabajador haya devengado durante los seis

meses anteriores a la fecha en que deba gozar de ellas, entre el número de días laborales comprendidos en dicho período, cuando se trate de cualquier otra forma de estipulación del salario".

En cuanto al momento en que deben pagarse, el Art.185 del C.de T.nos dice: "La remuneración en concepto de vacaciones debe pagarse inmediatamente antes de que el trabajador empiece a gozarlas y cubrirá todos los días que quedaren comprendidos entre la fecha en que se va de vacaciones y aquellos que deba volver al trabajo".

Epoca en que deben concederse las vacaciones.

A este respecto el Art.182 del C. de T. nos dice: "el patrono debe señalar la época en que el trabajador deba de gozar las vacaciones y notificarle la fecha de iniciación de ellos, con treinta días de anticipación por los menos.

Los plazos dentro de los cuales el trabajador deberá gozar de sus vacaciones serán de cuatro meses si el número de trabajadores al servicio del patrono no excediere de ciento; y de seis meses, si el número de trabajadores fuere mayor de ciento; ambos plazos contados a partir de la fecha en que el trabajador complete el año de servicio".

d) Protección a este derecho del trabajador.

Nuestra Constitución Política en su Art.182, número 9 -- parte final nos dice: "Las vacaciones no podrán compensarse en dinero y a la obligación del patrono de darlas corresponde la del trabajador de tomarlas".

Tal principio lo recoge nuestro Código de Trabajo en el Art.188 que dice: se prohíbe compensar las vacaciones en dinero o en especie etc.

Además de la prohibición de que se compense las vacaciones le son aplicables a éste todas las medidas proteccionistas del salario de acuerdo a lo establecido en el Art.139 del C. de T. tales como:

a) Que deben pagarse en moneda de curso legal.

b) Deben pagarse en el lugar convenido o en el establecimiento por el reglamento interno de trabajo y a falta de estipulación, en el acostumbrado o donde el trabajador preste sus servicios.

c) Queda prohibido pagarles en centro de vicio, etc.

Fraccionamiento de las vacaciones.

El Art.188 del C. de T. nos dice en su parte final: "asimismo se prohíbe fraccionar o acumular los períodos de vacaciones".

No obstante la prohibición anteriormente establecida, el Art.189 inc.2, nos señala la excepción al decirnos: "También podrá el patrono de acuerdo con la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento, fraccionar las vacaciones en dos o más períodos dentro del año de trabajo. Si fueren dos, cada período deberá durar diez días por lo menos; y si fueren tres o más, siete días como mínimo".

E.- DIAS DE DESCANSO SEMANAL.

- 1.-Nociones y Etimología.
- 2.-Antecedentes.
- 3.-Fundamentos del descanso semanal.
- 4.-Convenciones Internacionales y Normas Legales.
- 5.-Formas en que nuestro Código regula el día de descanso semanal para los trabajadores en general y para los domésticos en particular.

Por considerar de mucha importancia lo que con relación - a este tema nos manifiestan los tratadistas Luis Alcala Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres en su obra Tratado de Política Laboral y Social, transcribiré lo perteneciente de la misma, en relación con los cuatro primeros sustitutos para luego exponer la forma en que tal tema lo contempla nuestro - Código de Trabajo. En relación con los trabajadores en general y de los domésticos en particular.

1.-Nociones y Etimología.

A este respecto los tratadistas Luis Alcala Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres nos dice: "Tantas modalidades ofrece el descanso semanal que una cautela definidora debe limitarse a señalar que es aquel que comprende un reposo mínimo de 24 horas en cada lapso de 7 días consecutivos. En efecto como se comprobará en párrafos ulteriores, existen descansos semanales de un día, de día y medio y de dos días. El primero es el habitual; el segundo encuadra en el denominado sábado inglés; el tercero resulta de la semana de cinco días

consecuencia de ser otros tantos los de trabajo por la considerable disminución horaria en las prestaciones o por recargo de una hora o algo más en cada una de las fechas laborales.

La expresión descanso semanal es más prudente y exacta -- que la de descanso dominical, que prevaleció hasta bien entrado el Siglo XX, la evidente razón se encuentra en que aún estando universalmente difundida la preferencia de descansar los domingos, no siempre resulta posible, porque ello significaría la parálisis de los pueblos, no materializada ni siquiera en los países anglosajones, tan inclinados de antaño a ese rigor.

Otra sinonimia aparece con la locución descanso "hebdomadario". Aún siendo académico el objetivo, lo de hebdomadario, encierra un evidente galicismo técnico, que desafortunados traductores, contribuyeron a transmitir por ignorar que el idioma francés carece de adjetivo derivado, del sustantivo semana (semaine), por lo cual ha de decirse en ese idioma "hebdomadaire", pero el uso, en nuestro lenguaje de tal vocablo, resulta tan rebuscado como si la semana se le llamara ahora la "hebdomada", que y también corresponde al léxico oficial.

La expresión descanso semanal, se valora en el sentido -- partitivo, en que equivale a una vez por semana, y no a toda ella, en significado que posee el adjetivo semanal; porque ello equivaldría a una corta vacación, institución laboral distinta".(28)

El tratadista Manuel Alonso Olea, nos define el descanso semanal como:"el interrumpido de un día a la semana, tiénese según el propio autor nos lo recuerda, en origen básicamente

religioso, aparece correctamente en el antiguo testamento (Génesis), dos y tres; éxodo 16,18; 3.113, 3.421 etc. y pasa al cristianismo en donde se transforma en un día de celebración. Eso es, de inversión s cra o espiritual de un ocio que se impone justamente con esta finalidad (peiper, at. Por Alonso Otero, pág.131). Ahora aparece sustancialmente desvinculado del modo o motivo religioso, pero aún conserva en lo sustancial el sentido bíblico".(29).

2.- ANTECEDENTES.

Con respecto a los antecedentes de los días de descanso semanal los tratadistas LUIS ALCALA Y CASTILLO y GUILLERMO CABALLERAS DE TORRES nos dice lo siguiente: "Según Génesis, el descanso del séptimo día fue establecido por Dios mismo primeramente para El: "y acabó Dios el día séptimo la obra que había hecho y reposó el día séptimo de toda la obra que había hecho. Y bendijo el día séptimo y santificó porque el reposo de toda su obra".(Cap.II, vers. 2 y 3). En el Capítulo XX del Exodo - en el texto completo del Decálogo el santificar las fiestas - tiene un largo agregado, pues dice: "los seis días trabajarías y horas todas sus labores: más el día séptimo es sábado, del Señor Dios tuyo. Ningún trabajo harás en él ni tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu criado, ni tu criada, ni tus bestias de carga, ni el extranjero que habita dentro de tus puertas. Por cuanto el señor en seis hizo el cielo y la tierra y el mar y todas las cosas que hay en ellos y descansó en el día séptimo: por esto bendijo el señor el día del sábado y santificó (ver 9 a 11).

El descanso sabático subsistió, entre los hebreos y primeros cristianos, al menos hasta la muerte de Cristo. A partir de entonces la celebración del sábado, provenientes de la voz hebrea sabbath, que significa descanso, fue trocada por la Iglesia por la del domingo, del latín die domini, que quiere decir día del Señor, para recordar la Resurrección de Jesucristo, producida precisamente en domingo. El mismo origen religioso que lleva el descanso judaico en sábado y el de los cristianos en domingo, hace que los mahometanos observen el viernes (según ley turca de 1925 y del Irán en 1940; los chinos, el lunes y algunos pueblos africanos, el martes. No obstante, los judíos actuales aceptan dóciles el descanso dominical donde predomina tal práctica.

Quizá el primer precepto del poder Civil que reconoce el descanso dominical corresponde al emperador Constantino, en el 321, que prohibió en domingo toda clase de trabajo, excepto - las faenas agrícolas. Ya en la Edad Media, las partidas disponen que en domingo no laboren, no hagan labores algunas ni tengan tiendas abiertas "los cristianos y los judíos y moros, que no laboren en público ni en lugar donde se pueda ver u oír labrar". (Tit. XXIII, ley 2.).

Según Saint-Leon, en la etapa corporativa, el trabajo se suspende cada año unos 80 u 85 días; y además el trabajador se beneficia con la reducción de la jornada de trabajo todos los sábados o sea 52 días de los cuales no se trabajan una parte del día resultaba así durante otras 60 jornadas el trabajo cotidiano era disminuido sensiblemente. El descanso dominical fue

observado casi universalmente hasta el desarrollo del maquinismo, que exigía de la máquina y de su sirviente el hombre una actividad constante al servicio de una producción inintermitida.

En la América de los tiempos precolombinos, durante el imperio incaico, se conoció el descanso de los trabajadores, fijado en un día por cada diez de labor, además de cuatro grandes fiestas en el año. Las leyes indias, por Real Cédula de 1606, dispusieron que los indios no trabajaran los domingos ni las fiestas de guardar.

Contra toda esa tradición, en el Siglo XIX tendió a borrarse el descanso dominical, por lo cual el movimiento obrero tuvo que inscribir, entre sus reivindicaciones más perentorias, la del descanso semanal obligatorio y remunerado, que no cobró amplia vigencia hasta la centuria actual.(30).

3.-FUNDAMENTOS DEL DESCANSO SEMANAL.

Con respecto a los fundamentos del descanso semanal los trabajadores el tratadista LUIS ALCALA Y CASTILLA y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, en su tratado de Política Social y Laboral, nos dice lo siguiente: "A más de las razones de orden religioso quien en este punto como el del ayuno poseen asimismo fundamentos de conveniente fisiológica, concurren otras para justificar la necesidad del descanso mínimo de un día a la semana. El trabajo ininterrumpido sin jornada alguna tregua, conspira contra la vida individual y familiar del trabajador económicamente al no permitir la reposición conveniente de las

energías físicas enfrenta con trabajadores progresivos debilitados y de menor rendimiento. En lo político y social, la carencia de jornadas de ocio encona la oposición de clase y conduce a rebeldías de graves consecuencias.

Evocando un cuadro sombrío muy cercano a la realidad de mediados del Siglo XIX Marx, decía que un hombre que no puede disponer de ningún recreo, cuya vida entera, abstracción hecha de las simples interrupciones físicas del sueño y de las comidas, se halla acaparada por su trabajo para el capitalista, resulta algo menos que una bestia de trabajo y de carga. Es una mera máquina de producir riquezas para otros se encuentra físicamente quebrado, espiritualmente bestializado.

Actualmente el descanso semanal está admitido consagrado e impuesto como obligación legal de todos los países civilizados. Se tiene en cuenta que el trabajador, tras cumplir una jornada no tiene bastante con la tarde y con la noche para reparar fuerzas; acumula así, a diario una fatiga cada vez más intensa (fatiga física y fatiga cerebral) que debe liquidar de tiempo en tiempo; constituye el descanso semanal una válvula de seguridad que impide al hombre estallar bajo la presión de excesiva fatiga.

El hecho de que establece precisamente un mismo día por semana consagrado el descanso a la conveniencia de que las actividades comerciales e industriales paralícen uniformemente su actividad; lo cual les permite a todos los miembros de la familia obrera gustar de vez en cuando las alegrías de la vida común. Existe además otra consideración a favor de la necesi-

sidad de que el día de descanso semanal sea colectivo, que procede de las sanciones que garantizan la aplicación de las reglas legales; ya que la generalidad del descanso dominical y su fijación en un día determinado aseguran una fácil fiscalización del respecto.

A los argumentos tradicionales del domingo como día de descanso semanal se suma ahora, con creciente impulso, el deporte; por ser precisamente ese el día preferido para la práctica de tal ejercicio o la presencia de tal espectáculo, en exhibición que brindan profesionales que habitualmente trabajan para el público por curioso contraste- los domingos." (31)

4 - CONVENCIÓNES INTERNACIONALES Y NORMAS LEGALES

A este respecto los tratadistas ya referidos nos dicen:

"El Art. 427 del Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919 preceptúa en su inciso 5o. entre los principios adoptados para mejorar las condiciones del trabajador la adopción de un descanso semanal mínimo de 24 horas que deberá comprender siempre que sea posible el domingo.

La conferencia de O.I.T., reunida en Ginebra en 1921, aprobó el Convenio 14, cuyo artículo 2o. expresa así: "Todo el personal ocupado en cualquier establecimiento industrial, público o privado o en sus dependencias deberá disfrutar en el curso de cada período de siete días de un descanso que comprenda como mínimo 24 horas, consecutivas. Dicho descanso se concederá al mismo tiempo mientras sea posible, a todo el personal de cada establecimiento. En cuanto sea posible, considera con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región."

No se ha logrado el descanso dominical retribuido sino después de recios ataques, muchos de ellos fundados en criterios personales o en el ánimo de mantener que el progreso había que desapareciera. Esa situación de la mayoría de los países hispanoamericanos. En España, la ley del 13 de marzo de 1900 había prohibido ya el trabajo de las mujeres y de los menores, en fábricas y talleres durante los domingos y días festivos. Una de las más viejas leyes sobre descanso es la del 3 de marzo de 1904 que establecía en España el descanso dominical; la cual resultaba para su época, sumamente avanzada.

El descanso semanal fue proclamado como obligatorio en leyes y Códigos laborales del primer tercio del siglo XX. Casi sin excepción predomina el domingo como día de reposo. Aunque en ello haya influido el origen religioso no es ya el factor predominante puesto que la misma Iglesia en su nueva actitud de adaptación a las costumbres modernas, facilita a los católicos el cumplimiento del precepto de la misa en la tarde del sábado.

En un ímpetu revolucionario que no pudo ser mantenido, la Rusia soviética implantó en sus primeros tiempos un día de descanso por cada cinco de trabajo, actitud imitada por el Uruguay en 1920. Ambos ensayos fueron efímeros por el enorme quebranto que significaban para la producción nacional y para la competencia entre los países. Así Rusia, desde el Código de Trabajo de 1922, volvió al sistema de un solo día de descanso por cada seis de trabajo y lo fijó en el domingo para los territorios europeos pero con traslado al viernes en sus regiones asiáticas de predominio, musulmán.

Los trabajadores que habitualmente deben trabajar por la índole de la actividad o por la naturaleza de la función en domingo tiene derecho a gozar de un descanso compensatorio; de -- tal manera el descanso dominical pasa a ser descanso semanal, .. el cual sólo puede tener lugar en las circunstancias expresamente previstas en la ley, la fijación de los días en que debe darse el descanso compensatorio del domingo es potestad del empresario, de acuerdo con las necesiddes de la empresa; pero debe extenderse al mínimo de horas que la ley establece de una u otra jornada de trabajo." (32)

5 -FORMAS EN QUE NUESTRO CODIGO REGULA EL DIA DE DESCANSO SEMANAL PARA LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y PARA LOS DOMESTICOS EN PARTICULAR.

Con respecto a los trabajadores en general el descanso semanal, se encuentra regulado en el capítulo IV que comprende del Art. 171 al 176 del C. de T.

El Art. 171 inc. lo. del C. de T., señala en regla general de que todo trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado por cada semana laboral tal principio se encuentra asimismo en contemplar en el Art. 182 número 7 inc. lo. de la C.P.

El inc. 2o. del referido Art. 171 del C. de T. nos señala quienes no tienen derecho a la remuneración del día de descanso semanal y al respecto nos dice: El trabajador que no complete - su semana laboral sin causa justificada de parte, no tendrá derecho a la remuneración establecida en el inc. anterior; no obstante ello, siempre gozará de su día de descanso semanal."

Con respecto a los trabajadores que no se encuentran sujetos a una jornada no horario de trabajo fijo, tendrán derecho a

la remuneración del día de descanso semanal, siempre y cuando:

- a) Hayan laborado los seis días de la semana y
- b) que hayan trabajado las ocho horas en cada uno de ellos tal como lo establecen el Art. 172 inc. lo. del C. de T. no obstante lo anterior, no perderán la remuneración del día de descanso; los trabajadores a que se refiere el - inc. lo. del Art. 172 cuando por causa justa falten a - su trabajo o no completen algunas de las jornadas como lo establece el inc. 2o. del ya referido artículo.

Con respecto al día en que el trabajador debe gozar de su descanso semanal el Art. 173 del C. de T., establece que será - el domingo sin embargo las disposiciones legales ya citadas, señalan los casos de excepción y al respecto nos dice: "sin embargo los patronos de la empresa de trabajo continuo o que presten un servicio público normalmente en día de domingo, tienen la facultad de señalar a sus trabajadores el día de descanso que les comprenda en la semana fuera de ésta, los casos, cuando las necesidades de la empresa lo requieran, el patrono, para señalar a - sus trabajadores un día de descanso distinto del domingo, deberá solicitar autorización al Director del Trabajo."

La remuneración que los trabajadores ganarán en su día de descanso semanal será equivalente al salario básico, tal como lo establece el artículo 174 del C. de T.

Cuando un trabajador labore en el día que legal o contractualmente se le haya señalado para su descanso semanal, tendrá - derecho:

- a) al salario básico correspondiente a ese día;
- b) más una remuneración del 50% como mínimo por las horas de trabajo; y,
- c) a un día de descanso compensatorio remunerado tal como lo establece el Art. 175 inc. 1 de C. de T. y el 182 número 7 inc. 2 de la C.P.

El ya referido día de descanso compensatorio será remunerado con salario básico deberá concederse en la misma semana laboral o en la siguiente, tal como lo señala el Art. 176 inc. 1o. del C. de T.

Para los efectos de completar la semana laboral y que el trabajador tenga derecho a la remuneración del día de descanso semanal, el día de descanso compensatorio se computará como de trabajo efectivo tal como lo apunta el Art. 176 inc. 2 del C. de T.

Los trabajadores del servicio doméstico, tienen derecho al igual que los trabajadores en general a un día de descanso remunerado cada semana con las diferencias siguientes:

1 - Para los trabajadores en general, nuestro Código en el Art. 173 establece como día de descanso semanal, el domingo en cambio dicho estatuto legal no dice nada con respecto a los trabajadores domésticos.

2 - De lo anterior se colige de que los días de descanso de los trabajadores en general, no son acumulables, en cambio, el Art. 80 del C. de T., establece que los días de descanso semanal de los domésticos, son acumulables hasta en número de tres.

3 - El trabajador en general que labora en su día de descanso semanal tiene derecho al salario básico correspondiente a

ese día más una remuneración del 50% como mínimo por las horas que trabaje y un día de descanso compensatorio, el cual deberá concedérsele en la misma semana o en la siguiente; en cambio - concedérsele en la misma forma como ya vimos, al trabajador los días de descanso semanal se le pueden acumular hasta en número de tres, sin tener derecho a los compensatorios.

E - EL AGUINALDO

- 1 - Quiénes tienen derecho al aguinaldo
- 2 - Cuantía en que debe ser pagado
- 3 - Forma en que debe calcularse la remuneración
- 4 - Período en que debe pagarse
- 5 - Caso en que se pierde tal derecho

Esta prestación laboral, se encuentra regulada en el capítulo siete del Código de Trabajo, que comprende del Art. 196 al 202 y al cual tienen derecho todos los trabajadores que reúnen - desde luego los requisitos necesario como veremos más adelante, a raíz de lo cual nuestro Código lo ha enclavado en el capítulo ya referido, sin hacer distinciones entre los trabajadores en general y los sujetos a regímenes especiales, como los domésticos y tiene su fundamento constitucional, en el Art. 182 número 5 que a la letra dice: "los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo. La ley establecerá la norma en que - se determinará su cuantía en relación con los salarios.

"Respecto a esta prima, han habido serias dudas, empezando porque prima tiene otro significado en el diccionario, que --

no encaja dentro de lo que aquí se ha querido decir, ni con la naturaleza que se ha conferido a esta prestación. Tal vez la única acepción que se acercaría al derecho del trabajo sería la de sobre cargo. Pero aplicarlo estrictamente a lo que aquí se ha estimado como aguinaldo no resulta muy congruente. Lo que su tuvo en mente parece que fue dar un salario adicional con relación a lo que normalmente se devenga. La obligación de pagarse anualmente influyó para que se regulara como un aguinaldo. Respecto a la propia naturaleza de la prestación, esto se discute, algunos consideran y parece ser el criterio de la Constitución y el de la Carta Interamericana de Bogotá, que la naturaleza de esta prima es la de ser un salario diferente, es como algo que se estaba guardando al trabajador. Otros le dan otro fundamento, como entre nosotros al regularse se habla de aguinaldos, en los considerandos de esa ley hay una gran confusión porque en lo que se estima como legal, se estima como una prestación. La verdad es que el fundamento es totalmente distinto ya que es algo voluntario, no ceda de la solaridad que se agranda en estos casos; es un regalo, un salario retenido no sería legal. Ni en 1951 que se dió la ley de aguinaldo ni tampoco ahora se tiene un fundamento de lo que era prima anual." (33)

1 - Quiénes tienen derecho al Aguinaldo.

Todos los trabajadores sin distinción, tienen derecho a esta prestación.

En consideración al tiempo que tenga de laborar un trabajador un mismo patrono, éste puede ser.

a) Completo: es al que tienen derecho los trabajadores que tengan un año de laborar para un mismo patrono, Art. 197 inc. 1, del C. de T.

b) Proporcionales: es al que tienen derecho los trabajadores que al día 12 de diciembre no tienen un año de servir a un mismo patrono Art. 197, inc. 2 del C. de T.

2 - Cuantía en que deben ser pagados.

A este respecto el Art. 198 del C. de T. nos dice: "la cantidad mínima que deberá pagarse al trabajador como prima en concepto de aguinaldo será:

1 - Para quien tiene un año o más, y menos de tres años - de servicio de diez días.

2 - Para quien tuviere tres años o más, y menos de diez - años de servicio, la prestación equivalente al salario de quince días.

3 - Para quien tuviere diez o más años de servicio, una - prestación equivalente al salario de dieciocho días.

3 - Forma en que debe calcularse la remuneración.

Art. 199 del C. de T. para calcular la remuneración que - el trabajador debe recibir en concepto de aguinaldo, se tomará en cuenta:

1 - El salario básico devengado a la fecha en que debe pa - garse el aguinaldo, cuando el salario hubiese sido estipulado - por unidad de tiempo; y

2 - El salario básico que resulte de dividir los salario.

ordinarios que el trabajador haya devengado durante los últimos seis meses anteriores a la fecha en que debe pagarse el aguinaldo, entre el número de días laborales, comprendidos en dichos períodos, cuando debe tratarse de cualquier otra forma de estipulación del salario.

4 - Período en que debe pagarse

El Art. 200 del C. de T. nos dice: "la prima que en concepto de aguinaldo debe entregarse a los trabajadores que tienen derecho a ella, deberá pagarse en el lapso comprendido entre el doce y el veinte de diciembre de cada año."

5 - Caso en que se pierde tal derecho.

Art. 201 del C. de T., nos dice: "perderán totalmente el derecho al aguinaldo los trabajadores que en dos meses, sean o no consecutivos, del período comprendido entre el doce de diciembre anterior y el once de diciembre del año en que había de pagarse la prima, hayan tenido en cada uno de dichos meses, más de dos faltas de asistencia, injustificadas al trabajo, aunque éstas fueren solo de mediodía".

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|---------------------------|--|
| (1) MARIO DE LA CUEVA, | Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Pág.219.Cap.XX, Editorial Porrúa, S.A. |
| (2) MARIO DE LA CUEVA, | " " " " " |
| (3) MANUEL ALONSO GARCIA, | Curso de Derecho Laboral, - Pág.242. |
| (4) MANUEL ALONSO GARCIA, | " " " " " " |

- (5) DESMARAS, Tiempolibre de los Trabajadores. Pág.6, Buenos Aires, - Argentina, 1942.
- (6) MANUEL ALONSO OLEA, Derecho del Trabajo, Sección Publicaciones de la Universidad de Madrid, Fac.de Derecho, Tercera edición, Pág 127
- (7) REGIMEN JURIDICO DEL DESCANSO, Buenos Aires, Argentina, 1941, Pág.13, citado por Cabanellas en su obra Contrato de Trabajo, Parte Laboral, Vol.II-127.
- (8) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social. T. II.Pág.92, Editorial Heliasta.
- (9) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " "Pág.94.
- (10) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social. T. III.Pág.94 Editorial Heliasta.
- (11) MARIO DE LA CUEVA, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Cap.XXVI, Pág.290, Editorial Porrúa, S.A.
- (12) IHERING, El fin en el Derecho.Págs.68 y 69, Buenos Aires, Argentina.
- (13) GIDE, Censo de Economía Política. Pág.662, Buenos Aires, Argentina.
- (14) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social.Pág.94. Editorial - Heliasta.
- (15) JUSTO LOPEZ, El Salario en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Deveali. T.II.Pág.324.López tomó este concepto de - Mauricio Dobb:Salarios,México, 1969.
- (16) EL CAPITAL, Crítica de la Economía Política, Fondo de Cultura Económica, México 1972, T.I, Pág.448 e introducción de Wenceslao Roces.

- (17) BARASSI, Tratado de Derecho Laboral, T.III.Pág.13.
- (18) NESTOR DE BUEN, Derecho del Trabajo,T.II.Pág. 171.Editorial Porrúa,S.A.
- (19) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social,T.II, Pág.114,Editorial Heliasta.
- (20) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " Pág.107.
- (21) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " Pág.107.
- (22) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " Págs.107-108.
- (23) FRANCISCO DE FERRARI, Derecho del Trabajo.Vol.III, Pág.115,Editorial DEPALMA, Buenos Aires,Argentina.
- (24) FRANCISCO DE FERRARI, " " " Págs.115-116.
- (25) FRANCISCO DE FERRARI, " " " Págs.125 a 129.
- (26) FRANCISCO DE FERRARI, " " " Págs.134 a 139.
- (27) FRANCISCO DE FERRARI, " " " Págs.139-140.
- (28) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social,T.II.Pág.102,Editorial Heliasta.
- (29) NESTOR DE BUEN, Derecho del Trabajo,T.II,Pág 156,Editorial Porrúa,S.A.
- (30) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, Tratado de Política Laboral y Social,T.II.Págs.102 y 103, Editorial Heliasta.
- (31) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " Pág.104.
- (32) LUIS ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, " " " " Págs.108-109.
- (33) Dres.Francisco José Retana y Marcos Gabriel Villacorta, Copias de Clases.

CAPITULO XVII

DE LAS OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DE LOS TRABAJADORES

A - DE LAS OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL
Y DE LOS DOMESTICOS EN ESPECIAL

- 1.- Consideraciones Generales
- 2.- Obligaciones de DAR
- 3.- Obligaciones de Hacer
- 4.- Obligaciones de No Hacer
- 5.- Obligaciones complejas
- 6.- Deber de Fidelidad
- 7.- La obligación de prestar el trabajo
- 8.- Las obligaciones inherentes o derivadas de la prestación del trabajo.
 - a) La concurrencia concomitante a la prestación de trabajo a una empresa.
 - b) La concurrencia posterior a la disolución de la relación de trabajo; y
 - c) Las sanciones por el incumplimiento de la obligación de trabajo.
- 9.- Obligaciones especiales de los trabajadores domésticos.

B - DE LAS PROHIBICIONES DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y DE
Y DE LOS DOMESTICOS EN ESPECIAL

A - DE LAS OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL
Y DE LOS DOMESTICOS EN ESPECIAL

1.- CONSIDERACIONES GENERALES

Es sabido de que las obligaciones de los trabajadores constituyen los derechos de los patronos y viceversa, a raíz de que la relación de --

trabajo es sinalagmática y onerosa, pues el efecto inmediato de ésta es crear derechos y obligaciones.

Por lo anterior podemos afirmar que el derecho laboral no es sólo un conjunto de normas protectoras de la clase de trabajadora. También contiene un cúmulo de normas que, en la medida que establecen obligaciones a cargo de los trabajadores, fundamentan derechos paralelos en favor de los patronos.

El catálogo de las obligaciones contenido en el Art. 31 del Código de Trabajo y la contenida en el # 1o. que consiste en desempeñar el trabajo convenido, constituye, sin duda alguna el aspecto medular de las obligaciones institucionales a cargo de los trabajadores.

Considero que sobre todas las obligaciones de los trabajadores contenidas en el artículo antes referido no pueden ser motivo de convenio en contrario, pero si considero que será lícito pactar en cuanto a las prohibiciones de los mismos, así será lícito pactar el uso de útiles y herramientas suministradas por el patrono para objeto distinto de aquel a que están destinados y cuya prohibición se encuentra contemplada en el Art. 32 #2 del C. de T.

Es interesante observar que, en ocasiones, el legislador utiliza la forma negativa en vez de la positiva para expresar una obligación a cargo de los trabajadores, por ejemplo la obligación de estar a disposición del patrono durante la jornada ordinaria de trabajo, la convierte en la prohibición de no abandonar las labores durante la misma sin causa justificada o licencia del patrono o Jefes inmediatos contenida en el Art. 32 #1 C. de T.

Asimismo es muy importante hacer notar que se incluyen dentro de tal catálogo de obligaciones la de tolerar, como es por ejemplo la de someterse a examen médico cuando fuere requerido por el patrono o por las autoridades administrativas con el objeto de -- comprobar su estado de salud, contemplada en el Art. 31 # 10 del C. de T. Recuérdese que aceptando que la obligación de tolerar -- adquiere especial relieve en el derecho laboral en la medida en -- que supone una conducta positiva de un tercero, mientras que la -- obligación de no hacer se integra sólo con la conducta del obliga -- do.

Si tomamos como base la definición de contrato individual de trabajo que nos proporciona el Art. 17 del C. de T. y el cual reza así " contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación es aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario", encontramos dos elementos: la prestación de un trabajo y el pago de un salario; y son en efecto las dos obligaciones de base, las que configuran la relación laboral, una del patrono y otra del trabajador, generadoras de otros tantos derechos correlativos: recibir -- la energía del trabajo y el salario. Pero este esquema simple no nos enseña el panorama total de la relación trabajadora patrono, pero si penetramos en su interior nos damos cuenta de que el cumplimiento de aquellas obligaciones sería un imposible sin un conjunto de presupuestos y de elementos que lo acompañan, de todos -- los cuales puede decirse que son otras obligaciones. Más aún si consideramos la prestación del trabajo y el pago del salario, nos damos cuenta inmediata de que todo el derecho individual del tra-

bajo es un ramillete de normas que está presente y acompaña a aquellas dos prestaciones en forma constante e imperativa. De todo lo cual puede concluirse que aunque en nuestro catálogo de obligaciones señaladas en el Art. 31 del C. de T. no se hacen distinguos entre las obligaciones de los trabajadores, al lado de los básicos existen otros, a los que algunos tratadistas llaman accesorias denominación que considero inadecuada, porque causa la impresión de que son obligaciones de importancia distinta, por lo que sería mejor denominarlas como lo hacen otros tratadistas, obligaciones inherentes o derivados directa y necesariamente de los llamados obligaciones básicos.

2 - OBLIGACION DE DAR

Como es lógico de suponer, ya que la principal obligación de los trabajadores es de hacer, ésto es, realizar el trabajo convenido, las obligaciones de dar a su cargo son mínimas. Se trata en general, de obligaciones de devolver lo que previamente, a título de instrumentos de trabajo han recibido del patrón. De ahí que sólo lo pueda mencionarse, precisamente, la contenida, en el # 6 del Art. 31 del C. de T., que consiste en restituir al patrono los útiles de trabajo, la cual se vincula a una obligación de hacer, la de conservar en buen estado dichos instrumentos.

3 - OBLIGACIONES DE HACER

Dentro de este tipo de obligaciones comprendidos en el Art. 30 del C. de T., se encuentran a manera de ejemplo:

- a) Desempeñar el trabajo con diligencia y eficiencia apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos, No. 3o.

- b) Prestar auxilio en cualquier tiempo que se necesite, cuando por siniestro o riesgo inminente dentro de la empresa, peligran la integridad personal o los intereses del patrono o de sus compañeros de trabajo, # 8o.
- c) Desocupar la casa o habitación del patrono señalada en el # 9, etc.

4 - OBLIGACIONES DE NO HACER

Dentro de este tipo de obligaciones algunas de las contenidas en el Art. 31, pero principalmente las prohibiciones señaladas en el Art. 32 del Código de Trabajo:

- a) Divulgar los secretos de la empresa, Art. 30 # 4 del Código de Trabajo.
- b) Abandonar las labores durante la jornada, Art. 32 #1 del C. de T.
- c) Emplear los útiles, materiales, maquinarias o herramientas suministradas por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados o en beneficio de personas distintas del patrono, Art. 32 # 2o. del C. de T.
- d) Hacer cualquier clase de propaganda en el lugar de trabajo durante el desempeño de las labores, Art. 32 #3 del C. de T.
- e) Portar armas de cualquier clase en el desempeño de las labores, a menos que aquellas sean necesarias para la prestación de los servicios, Art. 32 # 4 del C. de T.
- d) Hacer cualquier clase de propaganda en el lugar de trabajo durante el desempeño de las labores, Art. 32 # 3 del C. de T.

- e) Portar armas de cualquier clase en el desempeño de las labores, a menos que aquellas sean necesarias para la prestación de los servicios, Art. 32 # 4 del C. de T.

5 - OBLIGACIONES COMPLEJAS

Las obligaciones complejas se integran en todo tipo de obligaciones: de hacer, de dar, de no hacer, de tolerar. Es difícil precisar para cada categoría los factores de integración. En realidad éstos dependerán de las situaciones concretas, dentro de las cuales podemos citar las siguientes comprendidos en el Art. 32 del C. de T.:

- a) Someterse a examen médico cuando fueren requeridos por el patrono o por las autoridades administrativas con el objeto de comprobar su estado de salud, # 10.
- b) Observar estrictamente todas las prescripciones concernientes a higiene y seguridad establecidas por las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, y las que indique los patronos para seguridad y protección de los trabajadores y de los lugares de trabajo, # 11.
- c) Cumplir con el correspondiente reglamento de trabajo, # 12.
- d) Todas las que les impongan este Código y las demás fuentes de obligaciones laborales, # 13.
- e) Observar buena conducta en el lugar de trabajo o en el desempeño de sus funciones, # 50.

6 - EL DEBER DE FIDELIDAD

Clasificados los deberes positivos y negativos a cargo de los trabajadores me ha parecido, sin embargo, necesario dedicar unas

cuantas líneas al normalmente denominado "deber de fidelidad" expresión que de la Cueva, con argumentos no muy sólidos, repudia.

En realidad la fidelidad expresa aquella obligación que todo trabajador tiene, sea o no depositario de la confianza del patrón, de actuar en su trabajo y asún en su vida particular, en términos que no causen daños al patrón.

La magnitud de este deber de fidelidad o lealtad es difícil de medir. Puede consistir en la prestación del servicio en forma pro- ba y honesta, desplegando el trabajador su capacidad e interés - en la tarea; puede manifestarse, también en el respecto en el tra- to hacia el patrón, en la no divulgación de aquellas informaciones que, de conocerse, pudieran causarle perjuicios; en la obtención de realizar actos de competencia en su perjuicio.

La fidelidad, entiéndase bien, tiene, sin embargo, un límite. Consiste en que cuando haya conflicto de intereses entre el pa- trón y el trabajador éste tendrá derecho sin menoscabo del res- peto debido, a plantear clara y terminantemente su reclamación, tanto actuando en el seno de una organización sindical como me- diante acciones individuales. Por regla general, se ponen en jue- go bajos recursos patronales que aducen sensiblerías y deslealta- des, cuando se plantean estas reclamaciones, pero no pueden ni de- ben ser tomados en cuenta.

Las obligaciones en que se manifiesta principalmente este de- ber de lealtad, son las siguientes:

- a) Guardar los secretos de la Empresa
- b) Abstención de actos de competencia
- c) Obligación de trabajar eficientemente

d) Obligación humanitaria de asistencia.

e) Obligación de actuar con honestidad.

7 - OBLIGACION DE PRESTAR EL TRABAJO

Uno de los principios, normas e instituciones del derecho individual del trabajo está destinada a defender la salud y la vida del trabajador durante la prestación del trabajo, pero, al mismo tiempo, si de un lado es la fuente de la que emerge el salario, es también el manantial que hará posible la actividad y el progreso de la empresa, y consecuentemente, el desarrollo ascendente de la economía. Se explica así que al lado de las normas defensoras del trabajador, existen otras que determinan los requisitos que deben satisfacer la prestación del trabajo, para que pueda cumplir su función.

1 - LA OBLIGACION DE PRESTAR EL TRABAJO EN PERSONA

El fundamento de esta obligación está en el contenido del contrato de trabajo, trabajador y relación de trabajo.

Es lógica el imponerle al trabajador esta obligación, máxime cuando sus aptitudes para el trabajo son las que indujeron al patrono a contratarlo.

2 - La finalidad suprema del derecho del trabajo es la persona y los ingresos para el trabajador para una vida decorosa, pero estos ingresos varían necesariamente en función de la categoría de los trabajos y de los rendimientos de cada trabajador. Es por ello que podemos decir que la obligación de eficiencia es el deber de prestar la cantidad y calidad de trabajo convenido o adecuado al salario.

La doctrina sostiene que a falta de disposiciones mas o menos expresas para determinar el salario que se debe pagar al trabajador en relación a su eficiencia, existen dos criterios para la determinación de la cantidad y calidad de los trabajos que deben prestarse, llamados objetivos y subjetivos: de conformidad con el primero, debe considerarse el rendimiento promedio de los trabajadores de la misma categoría, en tanto el segundo toma en cuenta principalmente las aptitudes de cada trabajador.

Dentro de este tipo de obligaciones podemos señalar los siguientes:

- 1 - La de no divulgar los secretos de la Empresa, Art. 31 #1 del C. de T.
- 2 - La obligación de no concurrencia.

Esta obligación consiste en que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo lícito, tal como lo establece el Art. 13 del C. de T., en relación con el 131 inc. 1o. de la C.P.

Es por ello que podemos afirmar que la libre concurrencia no sólo no está prohibida, sino que, a la inversa, constituye uno de los derechos fundamentales del hombre.

TIPOS DE NO CONCURRENCIA

- a) La concurrencia concomitante a la prestación de trabajo a una empresa: el trabajo prestado a dos empresas, quiere decir, la coexistencia de dos relaciones de trabajo, la cual no prohíbe nuestro Código de Trabajo.
- b) La concurrencia posterior a la disolución de la relación -

de trabajo. No existe tampoco en nuestro Código ninguna disposición que la prohíba a un trabajador, abrir una zapatería por ejemplo, después que dejó de trabajar en otra.

- c) Obligaciones humanitarias, se le da este nombre a los auxilios obligatorios que debe de prestar todo trabajador en caso de emergencia, Art. 31 # 8o. del C. de T.
- d) Obligaciones morales y sociales, que consisten en guardar buenas costumbres durante el trabajo, abstenerse de todo acto injurioso o de maltrato para el patrono o compañeros de trabajo, no portar armas, etc.
- e) Otras obligaciones. Como por ejemplo cuidar las herramientas del patrono, no usarlos para otros fines, etc.

8 - LAS OBLIGACIONES INHARENTES O DERIVADAS DE LA PRESTACION DEL TRABAJO

- a) La concurrencia concomitante a la prestación de trabajo a una Empresa.
- b) La concurrencia posterior a la disolución de la relación de trabajo.
- c) Las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones del trabajo.

Las obligaciones inherentes o derivados de la prestación del trabajo.

Dentro de este tipo de obligaciones podemos señalar los siguientes:

- 1 - La obligación de no divulgar los secretos de la Empresa, Art. 31 # 4 del Código de Trabajo.
- 2 - La obligación de no concurrencia, que consiste en -

que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria o trabajo que le acomode, --- siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse cuando se ataquen los derechos de terceros o se ofendan los de la sociedad. Esta obligación la contempla la doctrina, mas no nuestro dicho positivo.

a.- La concurrencia concomitante a la prestación de trabajo en la Empresa: estriba en el hecho de prestar el trabajo a dos Empresas, quiere decir la coexistencia de dos relaciones de trabajo, vigente una en un medio turno matutino y otro vespertino, o bien - el llamado trabajo por horas. Nuestro Código de trabajo tampoco le impone este tipo de obligación a --- nuestros trabajadores, siempre y cuando en su jornada de trabajo.

b.- La concurrencia posterior a la disolución de la relación de trabajo. Tampoco existe en nuestro Código de Trabajo tal obligación y consiste en prohibirle al trabajador en abrir un negocio al que se dedicaba anteriormente en otra empresa, tal es el caso de que se le prohibiera a un periodista que labora para determinada empresa periodística, a abrir un periódico propio, después de haber terminado con la - relación laboral que lo unía con aquello.

3 - Obligaciones Humanitarias. Se le dá este nombre a los auxilios obligatorios que deben prestar los trabajadores en cualquier tiempo que se necesiten tal como lo establece el # 8 del Art. 31 del C. de T.

4 - Obligaciones morales y sociales. Los cuales consisten en guardar buenas costumbres durantr las horas de trabajo, es decir, abstenerse de todo acto injuicioso o de maltrato para el patrono o compañeros, contemplada en el # 4 del Art. 31 del C. de T.

5 - Otras obligaciones: Dentro de éstas podemos mencionar a manera de ejemplo, cuidar las herramientas y útiles de trabajo contemplada en el # 7 del Art. 31 C. de T.

c.- Las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Dentro de las sanciones que se le pueden imponer van desde una simple amonestación, suspensión, - hasta el despido por causa imputable a él.

9 - OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Antes de analizar cuales son las obligaciones generales y especiales de esta clase de trabajadores, mencionaré algunos de los que tenían anteriormente y los cuales se encontraban regulados en el Capítulo VII del arrendamiento de criados domésticos del Código Civil, derogado por el Código de Trabajo publicado en el Diario Oficial del 10. de febrero de 1963.

Dentro de dichas obligaciones se encontraban los siguientes:

- 1 - Permanecer al servicio del amo, el tiempo necesario para que pueda ser reemplazado.
- 2 - La mujer que se contrataba como nodriza, era forzosamente obligada a permener en el servicio mientras duraba la lactancia, o no pueda ser reemplazada sin perjuicio de la salud del niño.

- 3 - Pagar al amo, por vía de indemnización, una cantidad equivalente al salario de un mes, si se retirare del trabajo antes del cumplimiento del plazo.
- 4 - Permanecer al servicio de los herederos, en caso de fallecimiento del amo.

DE LAS OBLIGACIONES GENERALES

- 1 - Desempeñar el trabajo convenido.
- 2 - Obedecer las instrucciones que reciba del patrono.
- 3 - Desempeñar el trabajo con diligencia y eficiencia.
- 4 - Guardar reserva de los secretos de familia.
- 5 - Observar buena conducta en el lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
- 6 - Prestar auxilio al patrono en caso de siniestro.
- 7 - Desocupar la casa de habitación proporcionada por el patrono.
- 8 - Someterse a exámenes médicos cuando fuere requerido por el patrono.
- 9 - Observar estrictamente todas las prescripciones concernientes a higiene y seguridad establecidas por las leyes.
- 10 - Todos los demás que le imponga este Código y demás fuentes de obligaciones laborales.

OBLIGACIONES ESPECIALES

Las obligaciones especiales de estos trabajadores atienden al respeto y consideración que deben de guardar al patrón, a su familia y a las personas que concurren al hogar y a tener un mayor --

CAPITULO XVIII

DE LAS PROHIBICIONES DE LOS PATRONOS DE LOS TRABAJADORES

Las prohibiciones de los patronos y de los trabajadores estan constituidos por obligaciones de no hacer, es decir, por obligaciones que consisten fundamentalmente, en abstenerse de realizar actos prohibidos por el Código de Trabajo y demás leyes, pero que si tales sujetos de derecho las realizan, no son suficientes para promover por ellos la terminación del respectivo contrato individual de trabajo, a excepción de algunos de ellos que también están contempladas como obligaciones de hacer, tales como: Obligación de hacer: pagar al trabajador su salario en la forma, cuantía, fecha y lugar establecidos en el capítulo I Título tercero de este libro, # 1 Art. 29 del Código de Trabajo; obligación de no hacer o prohibición: pagar el salario con fichas, vales, pagarés, cupones o cualquier otros símbolos que no sean moneda de censo legal, Art. 30 # 9 del C. de T.

LAS PROHIBICIONES DE LOS PATRONOS:

Las prohibiciones de los patronos se encuentran contempladas en el Art. 30 del Código de Trabajo que a la letra dice:

Art. 30. "Se prohíbe a los patronos:

- 1.- Exigir a sus trabajadores que compren artículos de cualquier clase en establecimiento o a personas determinadas, sea al crédito o al contado.

- 2.- Exigir o aceptar de los trabajadores gratificaciones para que se les admita en el trabajo o para obtener algún privilegio o concesión que se relacione con las condiciones de trabajo;
- 3.- Tratar de influir en sus trabajadores en cuanto al ejercicio de sus derechos políticos o convicciones religiosas;
- 4.- Tratar de influir en sus trabajadores en lo relativo al ejercicio del derecho de asociación profesional.
- 5.- Hacer por medio de directos o indirectos, discriminaciones entre los trabajadores por su condición de sindicalizados o tomar represalias contra ellos por el mismo motivo;
- 6.- Retener las herramientas u objetos que pertenezcan a sus trabajadores, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de éstos; o para hacerse pago a título de indemnización por los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado o por cualquier otra causa;
- 7.- Hacer o autorizar colectas o suscripciones obligatorias entre sus trabajadores;
- 8.- Dirigir los trabajos en estado de embriaguez, bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes o en cualquier otra condición anormal análoga;
- 9.- Pagar el salario con fichas, vales, pagarés, cupones o cualquiera otro símbolos que no sean moneda de curso legal;
- 10.- Reducir directa o indirectamente, los salarios que pagan, así como suprimir o mermar las prestaciones sociales que suministran a sus trabajadores, salvo que exista causa legal, y

11.- Ejecutar cualquier acto que directa o indirectamente tienda a restringir los derechos que este Código y demás fuentes de obligaciones laborales confieren a los trabajadores.

La lista de prohibiciones anteriormente apuntadas, no es taxativa, ya que en el resto de artículos se encuentran otros contemplados, tal como la que señala el Art. 110 del C. de T. que dice:

Art. 110 "Se prohíbe a los patronos destinar mujeres embarazadas a trabajos que requieran esfuerzos físicos incompatibles con su estado.

Se presume que cualquier trabajo que requiera un esfuerzo físico considerable, es incompatible con el estado de gravidez después del cuarto mes de embarazo.

De las prohibiciones apuntadas en el ya transcrito Art. 30 le son aplicables a los patronos de trabajadores domésticos los contenidos en los numerales: 1º; 2º; 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11º.

DE LAS PROHIBICIONES DE LOS TRABAJADORES

Las prohibiciones de los trabajadores se encuentran contemplados en el Art. 32 del Código de Trabajo, que dice:

Art. 32. "Se prohíbe a los trabajadores:

1.- Abandonar las labores durante la jornada de trabajo sin causa justificada o licencia del patrono o jefes inmediatos.

- 2.- Emplear los útiles, materiales, maquinarias o herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados o en beneficio de personas distintas del patrono;
- 3.- Hacer cualquier clase de propaganda en el lugar de trabajo durante el desempeño de las labores; y
- 4.- Portar armas de cualquier clase durante el desempeño de las labores, a menos que aquéllas sean necesarias para la prestación de los servicios".

De las prohibiciones mencionadas a los trabajadores domésticos todas ellas, son aplicables.

CAPITULO XIX

TERMINACION DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

- 1.- El problema terminológico.
- 2.- Clasificación doctrinal de las causas de terminación.
- 3.- Causales determinación sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial.
- 4.- Causales determinación sin responsabilidad para ninguna de las partes que se requieren intervención judicial.
- 5.- Causales determinación sin responsabilidad para el patrono.
- 6.- Causales determinación con responsabilidad para el patrono.
- 7.- Causales determinación por mutuo consentimiento y por renuncia.
- 8.- Causales especiales determinación para los trabajadores - domésticos.
- 9.- El Despido.
- 10.- Acción que debe iniciar el trabajador despedido.

1 - EL PROBLEMA TERMINOLOGICO.

Considero que es de suma importancia determinar si la terminología que emplea nuestro legislador, al hablar de la terminación del contrato de trabajo, es o no correcta. Su importancia radica, en que la designación jurídica que le demos a ese acto, puede determinar el contenido jurídico de dicho acto.

La doctrina y demas legislaciones emplean una terminología - variada, pues se habla de rescisión, resolución, terminación, cesación, extinción, disolución, etc.

RESCISION.-

El tratadista Guillermo Cabanellas nos dice que la rescisión "es la facultad de dejarlos (los contratos) sin efecto en virtud del precepto legal que a ello autoriza o según cláusula estipulada por las partes. La voz rescisión significa todo acto por el cual las partes ponen término por sí misma al contrato que habían concertado. Sosteniendo que hay rescisión en los contratos de tracto sucesivo. Hace ver que como efectos, la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueren objeto del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses. El contrato de trabajo, mientras subsista, es perfectamente válido y surte todos sus efectos; al finalizar no se incalida, lo hecho a producirlo plenos efectos en cuanto al trabajo prestado y al salario percibido. El contrato rescindible es o ha sido válido, de no ser así se estaría ante la nulidad de los contratos" (1)

RESOLUCION

Guillermo Cabanellas nos dice que es "un acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente concertado" (2).

Con relación a este tipo de acto el Art. 1360 C. contempla la condición resolutoria y al respecto reza así: "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado".

De ello se infiere al finalizar la relación laboral, no la podemos llamar resolución, pues esa finalización no destruye retroactivamente el contrato y además, en caso de incumplimiento, por uno de los contratantes, no se puede pedir el cumplimiento del contrato, sino su resolución.

CE SACION.

Se ha empleado por algunos autores este vocablo pero actualmente ha sido descartado "por carecer de contenido jurídico concreto como lo afirma el tratadista Luis Enrique de la Villa" (3).

EXTINSION

Para Guillermo Cabanellas consiste en "cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación, y a veces de los efectos y consecuencias también". (4)

DISOLUCION

Para don Guillermo Cabanellas significa "acción o efecto de disolver, separación, desunión, destrucción de un vínculo. Término de una relación contractual, especialmente cuando no se debe al cumplimiento del fin o del plazo. Disolución, extensión, conclusión. Relajación o licencia en materia de costumbres" (5).

TERMINACION

Para varios autores y en muchas legislaciones como la nuestra, se emplea este vocablo para determinar el fenómeno mismo de la ruptura del vínculo contractual. Se dice que es más aceptable ya que no es la simple disolución de un vínculo; la terminación es la finalización de algo que tuvo su existencia normal.

Con respecto a cual es el vocablo mas ajustado, el doctor Jaime del Valle nos dice: "considero que el más aceptable y adecuado es el de disolución, pues se ajusta más a la naturaleza jurídica de dicha finalización. La nota fundamental de la relación de trabajo es su permanencia y en consecuencia, no debe terminar mientras exista la capacidad por parte del patrono a proporcionar el trabajo y la necesidad a dicho trabajo por parte del asalariado". (6)

La confusión doctrinal y legal que existe a propósito de la adecuada calificación del fenómeno jurídico de la terminación del contrato individual de trabajo, la ha puesto de manifiesto Cabanellas al expresar "que lo referente a la disolución del contrato de trabajo, ha encontrado tanto en la doctrina como en la legislación positiva, una terminología no ajustada a la realidad de la figura jurídica que se ha intentado bosquejar. Se confunden los términos, precisa Cabanellas y a veces se contraponen algunos que en realidad podrían ser agrupados dentro de un concepto genérico cual sería el de terminación del contrato de trabajo. Se utilizan como opuestos los de extinción, rescisión, disolución, revocación, despido. Más aún, se intentan contraponer los términos extinción y terminación del contrato de trabajo; y se consideran como independientes, en sus caracteres, los que corresponden a resolución, rescisión o ruptura del contrato laboral". (7)

Para Fernando Suárez González, uno de los brillantes exponentes de la joven y ya amplia generación de laboristas españoles, "el problema debe de abordarse a la luz de la teoría general de las obligaciones y de los contratos; para evitar que se caiga en el defecto propio de algunos estudiosos del derecho del trabajo,

de nacer periodismo jurídico, lo que habría de lograrse, precisamente dando consistencia científica a esta materia". (8)

Rafael Caldera plantea el problema terminológico en otra dimensión cuando afirma "que debe de hablarse de terminación de la relación de trabajo y no del contrato de trabajo porque las consecuencias jurídicas se operan cuando la situación de hecho, es decir la colaboración real existe entre el patrono y el trabajador, cesa definitivamente. El contrato puede terminar aclara el jurista venezolano pero si es reemplazado inmediatamente por uno nuevo entre las partes, quedan latentes las consecuencias de la terminación; éstas se operan cuando la relación se extingue; lo que generalmente ocurre cuando se pone fin a la última relación contractual de las que consecutivamente hayan existido entre las partes o a la situación extracontractual que excepcionalmente haya engendrado la relación de trabajo". (9)

2 - CLASIFICACION DOCTRINAL DE LAS CAUSAS DE TERMINACION

Son múltiples los criterios de clasificación que existen en la doctrina y legislaciones y a título de orientación haré mención de alguna de ellas.

CLASIFICACION DOCTRINAL

De acuerdo con Barassi pueden plantearse dos causas generales de cesación:

- "a.- Por agotamiento natural en cuanto se hubiere alcanzado un objetivo determinado o circunscrito en el tiempo, a que se hubiera destinado originalmente.
- b.- Por el advenimiento de un hecho, jurídico por un efecto

extintivo, que interrumpe la relación en su tendencia normal a prorrogarse indefinidamente" (10)

Para Rafael Caldera las causas de determinación se pueden clasificar así:

"a).- Por voluntad de las partes.

- 1.- El mutuo consentimiento.
- 2.- La llegada del término.
- 3.- La conclusión de la obra.
- 4.- Las causas estipuladas válidamente en el contrato.

b).- Causas ajenas a la voluntad de las partes

- 1.- La fuerza mayor
- 2.- La muerte del trabajador
- 3.- La incapacidad del trabajador
- 4.- La cesación o quiebra inculpable de la empresa.
- 5.- La muerte del patrono
- 6.- Las demás causas de extinción de los contratos conforme a la disposición del derecho común, que sean aplicables al contrato.

c).- Terminación por voluntad de una de las partes.

- 1.- Despido
- 2.- Retiro" (11)

Guillermo Cabanellas, con mayor rigor, pero siguiendo una línea parecida a la de Caldera, produce el siguiente cuadro que dice constituye una síntesis de la legislación comparada Hispanoamericana:

"Derivadas de la limitación del plazo o de la obra o -- servicio.		a - Contrato de prueba
		b -- Contrato a plazo cierto o de duración determinada.
		c -- Contrato para obra determinada,
Derivadas del mutuo consentimiento y acuerdo de partes.		a --Causas previstas válidamente en el contrato.
		b -Mútuo acuerdo de las partes
		c -Renuncia del trabajador aceptada por el patrono.
Ajenas a la voluntad de las partes		a -Muerte del trabajador
		b -Muerte del patrono, con imposibilidad de seguir la empresa.
		c -Incapacidad
		d - Fuerza mayor (incendio, inundación, guerra, etc.)
		e -Incapacidad total y permanente -- para el trabajo (accidente, enfermedad, ancianidad.)
		f.-Cesación de actividad.
	Con justa causa	Hechos imputables al trabajador que impiden la prosecución del contrato.
Por el Patrono		
	Sin justa causa	Falta causa imputada al trabajador. Sin invocación de causa.
Por decisión unilateral.		
	Con justa causa	Despido indirecto o sea hechos imputables al patrono que impiden la prosecución del contrato.
Por el trabajador.		
	Sin justa causa	Falsa causa imputable al patrono. Abandono de trabajo.

Por resolución judicial

Nulidad del contrato.

Causas que sólo excepcionalmente lo ponen término al contrato de trabajo.

- a - Cesión, traspaso de la industria
- b - Quiebra del patrono
- c - Muerte del patrono
- d - Prisión del trabajador.

Cabanellas incluye, además, en el mismo cuadro, las causas que suspenden pero no disuelven el contrato de trabajo" (12).

Quizá la clasificación más técnica y apegada a una terminología rigurosamente científica es la que nos ofrece Fernando Suárez González, en los siguientes términos:

"1.- Realización del contrato: extinción por cumplimiento.

I - Decadencia del término.

- a - Directamente determinado.
- b - Indirectamente determinado.

II - Realización de la condición.

- a - No potestativa
- b - Potestativa: desistimiento y dimisión.

2.- Defecto funcional de contrato: ineficacia sobrevenida.

I - Disolución por mutuo disenso.

II - Resolución por hecho sobrevenido.

- a - Incumplimiento: despido directo e indirecto.
- b - Imposibilidad.
- c - Excesiva onerosidad". (13)

CLASIFICACION LEGAL

Por considerar bastante completa transcribir la clasificación que al respecto hace de las mismas, en su tesis doctoral, el doctor Jaime Amado del Valle Menjivar y quien al respecto nos dice:
"Analizando nuestra legislación laboral podríamos decir:

"A - Causas que disuelven el vínculo contractual por voluntad de ambas partes.

- 1 - Por mútuo consentimiento
- 2 - Por cumplimiento del plazo en los casos en que se permita esa modalidad
- 3 - Por la terminación de la obra contratada.

B - Causas que disuelven el vínculo contractual por voluntad de una de las partes:

- 1 - Del patrono: despido justificado o injustificado
- 2 - Del trabajador: a) Hechos imputables al patrono que impiden la prosecución del contrato.
b) Abandono del trabajo.

C - Causas que disuelven el vínculo contractual, ajena a la voluntad de las partes:

- 1 - Muerte del trabajador
- 2 - Muerte o incapacidad del patrono si reúne las condiciones expuestas por la Ley
- 3 - Cierre total de la Empresa o la reducción definitiva de las labores como consecuencia directa y necesaria incosteabilidad de los negocios
- 4 - Quiebra

- 5 - La privación de la libertad o pena de muerte
- 6 - Agotamiento de materia prima
- 7 - Fuerza mayor o caso fortuito." (14)

D - SUSPENSION PROLONGADA

No obstante que considero sumamente importante la clasificación mencionada, debo mencionar, que nuestro Código de Trabajo - hace una clasificación de las causas de terminación de la relación laboral, de la manera siguiente:

- 1 - Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes, Cap. VII. Sección primera, Art. 48.
- 2 - Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes que requieren intervención judicial, Sección 2a., Art. 49
- 3 - Causales de terminación sin responsabilidad para el patrono, Sección 4a. del Art. 53.
- 4 - Causales de terminación por mutuo consentimiento y por renuncia, Sección 5a., Art. 54.

Las anteriores causales de terminación, las estudiaremos en una forma breve, más que todo en relación con los trabajadores domésticos, que son el objeto de nuestro tema.

3 - Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial.

Este tipo de causal se encuentran contemplado en el Capítulo VII, sección 1a., Art. 48 del C. de T.

Por estas causales, como lo indica el título bajo el cual se encuentran contempladas, dan lugar a la terminación del contrato

individual de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial.

Es característica de todas estas causales, circunstancias tales como: vencimiento del plazo, muerte o incapacidad legal, física o mental del trabajador o del patrono, disolución o liquidación de la empresa, terminación de la obra y fuerza mayor o caso fortuito, por lo cual considero lógico y justo de que a ninguna de las partes se le atribuya responsabilidad.

Con respecto a no intervención judicial cuando el contrato de trabajo termine por alguna de las causales indicadas en esta Sección, aquella no se produce cuando las partes aceptan como existente la causal que se presenta, pero dicha intervención judicial se presenta, cuando alguna de las partes, para el caso el trabajador, no reconoce la existencia de la causal invocada por el patrono, por ejemplo cuando el trabajador alega de que en verdad en el contrato de trabajo se estipuló un plazo de una manera ilegal, por cuanto las labores que desarrollaba en la empresa eran permanentes, a raíz de lo cual no podía estipularse aquel o cuando el trabajador demanda, aceptando de que en verdad el patrono falleció, pero que tal fallecimiento no trae consigo la desaparición del contrato de trabajo.

Aplicación de dichas causales a los trabajadores domésticos

Considero que de estas causales le son aplicables a los trabajadores domésticos, la de la muerte del trabajador, la incapacidad legal, física o mental de cualquiera de las partes, la de terminación del negocio como consecuencia de la muerte del patrono, el de fuerza mayor o caso fortuito y la de sentencia ejecutoriada al trabajador o patrono, la pena de muerte, presidio, prisión mo-

yor o menor; pero no serán aplicables: la estipulación de plazo a raíz de que las labores que desarrolla son permanentes en el lugar y por lo tanto no puede el mismo, ni la de disolución o liquidación de la sociedad, ni la de terminación total o parcial de las actividades de la empresa, por cuanto las labores que el doméstico desarrolla son aquellas propias de un lugar y si las mismas se presentan en una empresa, el trabajador que las realice deja de ser doméstico para convertirse en un trabajador protegido por las normas generales de este código.

4 - CAUSALES DE TERMINACION SIN RESPONSABILIDAD PARA NINGUNA DE DE LAS PARTES QUE REQUIEREN INTERVENCION JUDICIAL

Este tipo de causales se encuentran contempladas en la Sección Segunda, Art. 49 del C. de T.

Al igual que las anteriores, producen la terminación del contrato individual de trabajo sin responsabilidad patronal, requiriendo necesariamente de intervención judicial, a diferencia de las anteriores en que tal intervención se presenta cuando hay desacuerdo entre las partes.

El contenido de estas causales se refiere única y exclusivamente al cierre definitivo, total o parcial de una empresa o la reducción definitiva de las labores por incosteabilidad de los negocios, autorizada por sentencia de juez y por la clausura del negocio, motivada por agotamiento de materia prima, autorizada también por sentencia de juez competente.

Como puede verse en este tipo de causales el patrono debe promover el juicio respectivo, tendiente a obtener la autorización respectiva del juez de trabajo, el cual debe otorgarla una vez que se le hayan probado los extremos relacionados.

INAPLICABILIDAD DE LAS MISMAS A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Considero de que ninguna de dichas cláusulas de terminación se le pueden aplicar a los trabajadores domésticos, a raíz de que se refieren a situación que única y exclusivamente pueden presentarse en empresas u otros establecimientos de trabajo, y es bien sabido de que las labores de los domésticos, son aquellas propias de ese lugar u otro sitio de residencia.

5 - CAUSALES DE TERMINACION SIN RESPONSABILIDAD PARA EL PATRONO

Este tipo de causales se encuentran contempladas en la Sección Tercera, del Art. 50 al 52 del C. de T.

Dentro de este tipo de causales se encuentran todos los motivos o circunstancias por las cuales podrá el patrono dar por terminada la relación laboral que lo une al trabajador que ha incurrido en alguna de ellas.

De la lectura del Inc. lo. del Art. 50 del C. de T., que a la letra dice: "El patrono podrá dar por terminado el contrato de trabajo sin incurrir en responsabilidad por las siguientes causas", podemos inferir que el patrono puede adoptar dos posiciones:

- 1 - Verificando el despido de hecho por cualquiera de dichas causales, caso en el cual tendrá que invocarla como acción o medio de defensa, en caso de ser demandado por el trabajador y
- 2 - Como acción, caso en el cual tendrá que promover el respectivo juicio de terminación del contrato de trabajo, sin responsabilidad patronal contra el trabajador que a

incurrido en determinada causal, encontrándonos en este caso, en presencia del despido de derecho.

APLICABILIDAD DE DICHAS CAUSALES A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Considero de que el patrono puede poner fin a la relación de trabajo que lo une con su trabajador doméstico, con cualquiera de las dos modalidades antes mencionadas por las causales del Art. 50 del C. de T. sig.: todas a excepción de la # 12, por cuanto ésta se refiere a casos en que el trabajador fue suspendido por falta de fondos y la imposibilidad de obtenerlo, por la imposibilidad de explotar la empresa con un mínimo razonable de utilidad y por la necesidad de reducir las actividades de la empresa atendiendo a sus posibilidades económicas, contempladas en los # 5, 2, 3 y 4 del Art. 37 del C. de T., los cuales pueden tener lugar en empresas y no en lugares que es donde el trabajador doméstico debe desarrollar sus labores.

6 - CAUSALES DE TERMINACION CON RESPONSABILIDAD PARA EL PATRONO

Este tipo de causales se encuentran contempladas en la Sección cuarta, del Art. 53 del C. de T.

Nos proporciona a manera de ejemplo, todas aquellas circunstancias por las cuales el trabajador puede dar por terminado el contrato de trabajo que lo vincula con el patrono, con responsabilidad para éste, promoviendo ante el juez competente, la terminación de su contrato de trabajo.

Se ha conferido este derecho al trabajador, para ponerlo en igualdad de condiciones con el patrono, el cual al darse cualquiera de las causas de terminación del contrato sin responsabilidad para él, o sea, imputables al trabajador, puede despedirlo inmediatamente; estas causas justificativas del despido le sirven a su vez como excepción en el juicio que el trabajador pudiera intentar o como acción, promoviendo ante juez competente la terminación del contrato sin responsabilidad para él, encontrándonos en éste en presencia del despido de derecho.

En el caso de las causales en estudio, nuestro ordenamiento legal es diferente, ya que el trabajador no puede abandonar el trabajo al acaecer una de las causas de terminación imputables al patrono, tiene que seguir prestando el servicio y si quiere puede demandar la terminación del contrato; luego, pues no podemos hablar de un despido indirecto, excepto, como lo establece el Art. 56 del C. de T. "al acaecer cualquiera de los hechos contemplados en las causales 1o., 3o. y 4o. del Art. 53, o cualquiera otro hecho depresivo o vejatorio para el trabajador, realizado por el patrono o sus representantes, aquel podrá estimarse despido o retirarse, por consiguiente, de su trabajo. En todos estos casos, si el Juez estimare vejatorio o depresivo el hecho alegado y probado, condenará al patrono a pagar al trabajador una indemnización en la cuantía y forma que establecen los Arts. 58 y 59, según el caso".

Pero sólo en casos contemplados en la excepción planteada, es que el trabajador podrá darse por despedido, mas no en todas las causas de terminación imputables al patrono, lo cual lo considero injusto y hasta contrario a los principios que norman la relación

laboral, los cuales buscan entre otras cosas, la armonía entre las partes, por lo que el obligar al trabajador que continúe prestando sus servicios para un patrono que ha incurrido en cualquier causa no contemplada en el caso de excepción contraría los mas elementales principios del derecho, más si tomamos en consideración que al patrono se le ha proporcionado los dos caminos a seguir, para terminar con la relación laboral que lo une con el trabajador, cuando se presenta cualquiera de las causas imputables al trabajador.

APLICABILIDAD DE TALES CAUSALES A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Considero que el trabajador doméstico debe emplear la misma forma de dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono, cuando se presente alguna causa imputable al mismo, es decir, que debe promover el juicio de terminación respectivo ante juez competente sin abandonar su trabajo, excepto por las causas contempladas en el Art. 56 del C. de T. ya transcrito. Considero así mismo que puede invocar todas las causales imputables al patrono contenidas en el Art. 53 del C. de T., a excepción de la # 13 que dice así: "En los casos de los ordinales 2o., 3o. y 4o. del Art. 37, si no reanudare el patrono el cumplimiento del contrato de trabajo dentro del término que el juez de trabajo le señale al declarar improcedente la suspensión", pues tales causas de suspensión consistentes en la falta de fondos y la imposibilidad de obtenerlos, imposibilidad de explotar la empresa por circunstancias del mercado, sólo se presentan en empresas cuyo fin primordial es el lucro y las actividades domésticas, se encuentran desposeídas de tal fin por cuanto se realizan en el seno del hogar.

7 - CAUSALES DE TERMINACION POR MUTUO CONSENTIMIENTO Y POR RENUNCIACION

NUNCIA

Se encuentran contempladas en el Art. 54 del C. de T. el cual reza así: "El contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento de las partes, o por renuncia del trabajador, siempre que consten por escrito.

La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono.

Si la terminación del contrato fuese por mutuo consentimiento no habrá responsabilidad para las partes; más si la terminación fuere por renuncia, sólo habrá responsabilidad para el trabajador, si por aquella se hubieren causado daños y perjuicios al patrono."

Para determinar la forma en que deben constar tales actos, transcribiré el Art. 402 del C. de T., el cual reza así: "En los juicios de trabajo, los instrumentos privados sin necesidad de previo reconocimiento, y los públicos o auténticos, hacen plena prueba, salvo que sean rechazados como prueba por el juez en la sentencia definitiva, previos los trámites del incidente de falsedad.

El documento privado no autenticado en que conste la renuncia del trabajador a su empleo, terminación de contrato de trabajo por mutuo consentimiento de las partes, o recibo de pago de prestaciones por despido sin causa legal sólo tendrá valor probatorio cuando esté redactado en hojas que expedirá la inspección General de Trabajo o los jueces de primera instancia con jurisdicción en materia laboral, en las que se hará constar la fecha de expedición y siempre que hayan sido utilizados el mismo día dentro de los diez días siguientes a esa fecha".

De lo anterior se exige de que la terminación del contrato por mutuo consentimiento de las partes, puede verificarse.

- a) Mediante documento privado, sin necesidad de reconocimiento.
- b) Mediante documento autenticado.
- c) Mediante escritura pública.

La renuncia del trabajador a su empleo debe constar:

- a) En documento autenticado.
- b) Cuando no sea autentico, debe estar contenido en las hojas expedidas por la Inspección General de Trabajo o los jueces de primera instancia con jurisdicciones en lo laboral, siempre que se utilicen en el plazo señalado en el Art. 402 inc. 3o. del C. de T.
- c) Mediante escritura pública.

APLICABILIDAD DE TALES FORMAS PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS.--

Considero que lo anteriormente expuesto en cuanto a la forma en que debe de constar el mutuo consentimiento y la renuncia para terminar con la relación laboral le es totalmente aplicable a los trabajadores domésticos.

8 -- CAUSALES ESPECIALES DE TERMINACION PARA LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Estas causales se encuentran contempladas en el Art. 83 del C. de T. y dice así: son causas especiales de terminación del contrato individual de trabajo doméstico, sin responsabilidad para el patrono las siguientes:

- 1 - Adolecer el trabajador de enfermedades infecto contagiosas, a menos que los hubiere adquirido en donde presta sus servicios.
- 2 - Tener el trabajador vicios o malos hábitos que pongan en peligro o que perjudique el orden doméstico o alteren la condición moral del hogar.
- 3 - Por cometer el trabajador actos graves de infidelidad o insubordinación contra el patrono, su cónyuge, ascendientes, descendientes u otras personas que habiten permanentemente en el hogar".

El patrono del trabajador doméstico puede ponerle fin a la relación de trabajo, también verificando el despido de hecho y al ser demandado, invocar cualquiera de estas causas o promoviendo el juicio de terminación sin responsabilidad patronal fundamentando su demanda en cualquiera de dichos causales.

Considero de que entre las razones que tuvo el legislador para incluir en el Código de trabajo estas causas especiales imputables al trabajador doméstico, se encuentran fundamentalmente en el hecho de preservar la salud, la moralidad, tranquilidad del hogar y las buenas costumbres del hogar.

9 - DEL DESPIDO

- 1 - Aspecto Doctrinario
 - a - El problema Terminológico
 - b - Naturaleza jurídica del Despido
 - c - Principios Fundamentales del Despido

A - El problema Terminológico con relación a este problema el tratadista Nestor de Buen, nos dice: " La ley utiliza, a propósito de la acción unilateral de cualquiera de las partes para dar por terminada la relación laboral, la expresión "rescisión". El término, como ya señalamos antes, es equívoco, y puede tener diferentes sentidos. En efecto no es lo mismo que el patrón rescinda, a que lo haga el trabajador. En el primer caso, mediante una acción de cumplimiento del contrato, se puede mantener viva la relación en el segundo, ésta queda extinguida por el acto de la rescisión, subsistiendo únicamente el problema de determinar a quien es imputable la responsabilidad consiguiente.

Por las razones anteriores y otras que ya expusimos, nos parece adecuado atender la sugerencia de Trueba Urbina y denominar despido "a la rescisión patronal y retiro a la que hace valer el trabajador. Confesamos que la primera expresión nos parece impecable, no así la segunda que puede prestarse, al menos por ahora, en otras más adecuadas. Como quiera que sea, tiene un cierto prestigio "oficial", ya que es empleada en la fracción XXVII del inciso "A" del Art. 123 constitucional ("...Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de providad del patrón o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos." (15)

B) NAURALEZA JURIDICA DEL DESPIDO

Con relación a este tema el tratadista anteriormente mencionado nos dice: " El despido es catalogado por la ley como una forma

de rescisión, ésto es un acto unilateral a virtud del cual el patrón da por terminada la relación laboral invocando una causa grave de incumplimiento imputable al trabajador. Lo hemos clasificado como un acto unilateral, potestativo, formal si bien, a propósito de su carácter formal claramente enunciado por la ley, la Corte ha sentado un criterio que lo deja sin efecto. En este mismo capítulo volveremos sobre ello.

La rescisión patronal no termina, por sí misma, con la relación de trabajo. En todo caso estará supeditada a la confirmación de su validez por los tribunales laborales. De ahí que no deba confundirse el derecho a dar por terminada la relación mediante el despido, con la terminación misma, hay, pues, un condicionante procesal. De hecho entre el despido patronal y su confirmación transcurre un lapso de suspensión de la relación de trabajo. Si el tribunal de trabajo confirma la justificación del despido, el laudo, operaría como cumplimiento de una condición resolutoria de la relación laboral. Si, por el contrario, declara procedente la acción de cumplimiento, todos los derechos del trabajador se actualizan (reinstalación, pago de salarios vencidos, mejoras ocurridas en el puesto, antigüedad, etc.). En ese caso el laudo definitivo realiza una condición suspensiva de la que depende el reactivamiento de la relación.

Lo anterior se produce en los casos en que el trabajador, en ejercicio del derecho que le otorga la fracción XXII del inciso "A" del Art. 123 constitucional, reclama el cumplimiento del contrato de trabajo, pero si, por el contrario, exige la indemnización, con ello conforma la conclusión de la relación de trabajo, poniendo sólo en juego la determinación de la responsabilidad".(10)

En nuestro medio no ocurre así, ya que nuestro código de trabajo, nos habla de despido de hecho y quiere significar con ello la aplicación en nuestro medio, del sistema alemán de rescisión de la relación laboral, en virtud del cual se le permite al patrono separar, en el momento que el crea oportuno, al trabajador, quedando a éste el derecho de ejercitar la acción correspondiente. No se le exige al patrono tener una causa justificativa para verificar el despido, puede hacerlo aún sin ella, y de allí surge la división del despido de hecho en: "con causa legal" y sin causa legal". Tal despido produce la terminación de la relación de trabajo, salvo los casos de excepción sin necesidad de que el juez le otorgue validez o no al mismo, pues él produjo sus efectos desde que se realizó y será en sentencia que el juez condenará al patrono sino justificó dicho despido y lo absorberá si establece sus extremos.

C - LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DESPIDO

Con relación a estos principios, hay tratadistas que nos dicen: "El despido constituye un remedio contra una violación grave de las obligaciones del trabajador. En si mismo el despido constituye un mal: un mal necesario. En ello coincide con el divorcio que es un mal remedio para una enfermedad peor.

Alonso García, dueño de un considerable rigor técnico que pone de manifiesto en toda su obra, al analizar la naturaleza de la prestación laboral", descubre que implica los siguientes deberes:

- a - Deber de diligencia
- b - Deber de ser apto para el trabajo

- c - Deber de obediencia
- d - Deber de producir resultados valubles cualitativa y cuantitativamente (rendimiento).
- e - Deber de fidelidad (curso... P. 466 y ss).

A estos deberes que menciona Alonso García, nosotros agregaría los siguientes:

- f - Deber de actuar honradamente
- g - Deber de respeto
 - 1 - A los patrones
 - 2 - A las familias de los patrones,
 - 3 - A los compañeros de trabajo,
 - 4 - A las instalaciones de la empresa.
- h - Deber de actuar moralmente
- i - Deber de discreción
- j - Deber de asistir al trabajo
- k - Deber de conservar una adecuada condición física
- l - Deber de mantener vigentes los requisitos legales para realización del trabajo
- m - Deber de ser prudente.

Detras de las causas de despido que menciona la ley se encuentra la violación de estos deberes, por otra parte, no expresados en la ley. Aquí, como en el divorcio, se ha seguido una fórmula negativa.

En realidad, las normas de la ley laboral relativas a la rescisión por parte del patrón, constituyen normas secundarias que establecen una consecuencia jurídica para el caso de violación de las normas primarias que llevan implícitas. Su naturaleza coincide, en suma, con las de las normas. El "no mataras, que expresa -

un deber jurídico fundamental, aparece indirectamente, en las --- normas que sancionan el homicidio." (17)

De la Cueva ha destacado otra característica fundamental de la rescisión patronal y de sus causas:

... "es, ante todo, un sistema rígido, por cuanto, en oposición con la norma civilista de la autonomía de la voluntad, no admite sino las causas expresamente previstas y las reconocidas por las juntas de Conciliación y Arbitraje en las condiciones apuntadas, lo que da por resultado que el señalamiento que hicieran el trabajador y el patrón de causas nuevas no produce ningún efecto." (18).

Estos principios o causales fundamentales en las que se fundamenta el despido, ya quedaron totalmente estudiados en su oportunidad, en relación con nuestro derecho positivo.

2 - ASPECTO LEGAL

Efecto del despido
Art. 55 inc. 1.

a - Terminar con el contrato de trabajo.

b - Indemnización.

Casos en que no produce efectos:

a - En el caso de la mujer embarazada, Art. 113 del C. de T.

b - En el caso del Director Sindical. Art. 248 del C. de T.

c - En el caso en que el contrato se encuentre suspendido.

Art. 57 C. de T.

Forma en que se puede verificar.

a - Verbalmente, en este caso si no es verificado por el patrono no produce efecto, Art. 55 inc. 2o. del C. de T.

sivo el hecho alegado y probado, condenará al patrono a pagar al trabajador una indemnización en la cuantía y forma que establecen los Arts. 58 y 59, según el caso.

Se presume legalmente que todo despido de hecho, es sin causa justificada de acuerdo al Art. 55 inc. 3o., pero para que opere tal presunción el trabajador tiene que interponer la demanda respectiva, dentro de los 15 días hábiles siguientes al del despido, como lo establece el Art. 414 inc. 4o. del C. de T. caso en el cual dicho trabajador tendrá que probar únicamente que laboró por más de dos días consecutivos para el mismo patrono y la calidad de éste o de representante del mismo, ya que de acuerdo al Art. 3 del C. de T., se presume de derecho dichos representantes poseen facultades para contratar y despedir trabajadores.

Como la presunción de que todo despido de hecho es sin causa justificada, es de tipo legal, admite prueba en contrario, tiene que excepcionarse estableciendo que tuvo causa justificada para ejecutarlo e invocar las del Art. 50 generales para todos los trabajadores o las especiales para los domésticos apuntados en el Art. 83 del C. de T.

Situaciones en que el despido no se presume:

- 1 - Cuando el trabajador interpone su demanda fuera del término que señala el Art. 414 inc. 4o. del C. de T.
- 2 - Cuando interponiéndola aún dentro de dicho término, dicho trabajador no aceptare la medida equitativa propuesta por el juez en la conciliación o el reinstalo ofrecido, en caso de que acepte dicho reinstalo y no puede rea-

nudar sus servicios por causa imputable al patrono o a sus representantes, tendría que probar únicamente esta manifestación para que se presuma legalmente el despido, de acuerdo al Art. 414 inc. 3o. del C. de T.

10 - ACCION QUE DEBE INVOCAR TODO TRABAJADOR DESPEDIDO

- a - Si el despido da por resultado terminar con el contrato de trabajo: el trabajador debe demandar su correspondiente indemnización, de acuerdo al Art. 58 inc. 1 del C. de T.
- b - Si el despido se da en uno de los casos en que no produce efecto: el trabajador debe demandar salarios no devengados por culpa imputable al patrono.

SITUACION LEGAL EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS TRABAJADORES DOMESTICOS CON RELACION AL DESPIDO

Todo lo antes expuesto con relación al despido les es aplicable al trabajador doméstico con las variaciones siguientes:

A - Casos en que no produce efecto.

- 1 - Cuando la trabajadora doméstica se encuentra en estado de gravidez.
- 2 - En el caso en que el contrato se encuentre suspendido.

Para esta clase de trabajadores no tiene aplicación el fuero sindical, a raíz de que no se encuentran sindicalizados.

- B - Caso en que el trabajador doméstico no puede ejercitar ninguna acción en caso de ser despedido: cuando aún no tiene -

treinta días de encontrarse laborando para el mismo patrono, a raíz de que en este tipo de contrato de trabajo, los primeros treinta días serán de prueba.

- C - Otra diferencia fundamental en que se encuentran los trabajadores domésticos con los demás trabajadores, en relación al despido, estriba en cuanto a las causas generales de terminación del contrato individual de trabajo ya sea con o sin responsabilidad patronal, por cuanto analizamos estas causas, vimos que unas le son aplicables a los trabajadores domésticos y otras no y además porque con relación a dichos trabajadores existen unas causas especiales de terminación sin responsabilidad patronal.

B I B L I O G R A F I A

- 1 - Guillermo Cabanellas: Diccionario usual, T III, Pág. 422
- 2 - Guillermo Cabanellas: Obra citada, Pág. 572
- 3 - Luis Enrique de la Villa
- 4 - Guillermo Cabanellas, Obra citada, Pág. 156.
- 5 - Guillermo Cabanellas, Obra citada, Pág. 721 T lo.
- 6 - Jaime Amado del Valle Menjívar Tesis doctoral denominada "La terminación del contrato individual de trabajo con responsabilidad para el patrono". Pág. 53 y 54.
- 7 - Guillermo Cabanellas Contrato de Trabajo, parte general. Vol. III. Pág. 123 y 133.
- 8 - Fernando Suárez González La Terminación del contrato del trabajo. Publicaciones del Real Colegio de España, en Bolonia Madrid, Pág. 11 - 12 1967.
- 9 - Rafael Caldera Derecho del Trabajo, Pág. 334 Tomo único
- 10 - Larassi Tratado de Derecho, T III, Pág. 335
- 11 - Rafael Caldera Obra citada, Pág. 335 y sig. Tomo único.
- 12 - Guillermo Cabanellas Obra citada, Vol. III Pág. 140 - 144
- 13 - Fernando Suárez González Obra citada, Pág. 71.
- 14 - Jaime Amado de Valle Menjívar Obra citada, Pág. 57 y 58
- 15 - Nestor de Buen L. Derecho del Trabajo, T II, Pág. 79 Editorial Porrúa, S.A.
- 16 - Nestor de Buen L. Idéntico
- 17 - Alonso García Curso de Derecho Laboral, Pág. 466 Tomo único.
- 18 - Mario de la Cueva Obra citada, Pág. 239.

CAPITULO XX

COMENTARIOS AL LIBRO TERCERO DEL CODIGO DE TRABAJO

- 1 - Aspectos Generales
- 2 - Antecedentes históricos
- 3 - Diferencias entre seguridad Social y Seguro Social
- 4 - El Seguro Social en El Salvador
- 5 - Campo de aplicación
- 6 - Prestaciones inmediatas a cargo del patrono
 - a - Prestaciones por enfermedad
 - b - Prestaciones por maternidad
 - c - Ayuda en caso de muerte del trabajador
- 7 - Riesgos profesionales
 - a - Accidente de trabajo
 - b - La enfermedad profesional
- 8 - Las incapacidades por riesgo profesional.

Antes de desarrollar este capítulo, considero oportuno y necesario manifestar que lo desarrollado con el nombre de Comentarios al Libro Tercero del Código de Trabajo, a raíz de que en dicho Libro, nuestro código contempla la previsión y seguridad social, pero principalmente porque es el título con que los doctores Mario Antonio Solano y Rubén Antonio Mejía Peña, denominaron a una conferencia pronunciada durante el seminario sobre Derecho Laboral y Código de Trabajo, celebrada en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, en los meses de junio-julio de 1973, publicada en la Revista de Derecho No. 2, la cual por considerarla en demasia importante en el desarrollo de este capítulo, utilicé casi en su totalidad.

Las prestaciones inmediatas a cargo del patrono, tales como: por enfermedad por maternidad, por muerte del trabajador, las -- analizaré de acuerdo a lo que establece el Código de Trabajo y la ley del Seguro Social y las prestaciones pecuniarias y en especie en caso de enfermedad, accidente común y maternidad, en la forma en que lo regula el Reglamento para la aplicación del Regimen del Seguro Social.

Después de desarrollar cada uno de los títulos de que se compone este capítulo, con el auxilio de las opiniones de los profesionales aludidos e insititutos legales mencionados, analizaré en una forma somera, un agregado en relación con la previsión y seguridad social de los trabajadores objeto de este trabajo, o sean -- los domésticos, el cual no incluí por una omisión imperdonable, dentro de los puntos de tesis.

1 - ASPECTOS GENERALES

A este respecto el Doctor Mario Antonio Solano nos dice: "Como no se puede desligar el estudio de este Código, en lo que se -- refiere al Libro Tercero, con el regimen de seguridad social en -- el país, porque precisamente a éso se refiere, entonces el método que vamos a emplear en esta exposición es el método comparativo -- entre el régimen de seguridad social previsto en el Código, el re -- gimen del Seguro previsto en la Ley de la Materia y en el regla -- miento de aplicación para el régimen del Seguro Social, de manera que se explicarán ambos aspectos de ese régimen comparativo para que podamos conocer hasta donde el regimen previsto por el Libro Tercero del Código tiene aplicación práctica en nuestro país. Estas instituciones son prácticamente caducas en el Código de Traba -- jo y lo mejor será, que en futuras reformas, se pensara pasarlas

directamente al regimen de seguridad social según vamos a ver en esta aplicación.

El Libro Tercero se denomina o lo denomina el Código de Trabajo: "Previsión y Seguridad Social", pareciera que para el legislador los conceptos son diferentes, que previsión es una cosa y seguridad es otra. Desde allí comienza el carácter polémico de estas instituciones, la realidad es que previsión y seguridad social, por lo menos hasta donde ha llegado la doctrina, se consideran ser la misma cosa; pero algunas veces se ha querido distinguir entre previsión y seguridad social, considerando de que la previsión social, por un lado, es una actividad del Estado ejercida a través del Poder Ejecutivo, y que la seguridad social, por otra, es la actividad del Estado, a través de entes gestores de seguridad social o entes autónomos destinados a cubrir las contingencias a que están expuestos los trabajadores.

Se ha tratado de encontrar esa diferencia entre los dos conceptos: uno, el regimen de Previsión atribuyéndolo a una actividad propia del Estado, una actividad ejecutiva destinada a la protección de las grandes masas laborales, y el concepto de seguridad social se destina para entes o instituciones autónomas, gestores de seguridad social, con programas de cobertura de las contingencias a que están expuestos los trabajadores; sin embargo, actualmente, ya no se insiste en esas diferencias y se considera que los términos son sinónimos. El Título primero se denomina: Prestaciones Inmediatas a Cargo del Patrono. Establece las distintas prestaciones que están a cargo del patrono como obligaciones laborales que tiene frente a sus trabajadores. El Capítulo I se refiere a prestaciones por enfermedad, el Capítulo II, a prestaciones

por maternidad; el Capítulo III, a ayuda en caso de muerte del trabajador y luego los riesgos profesionales que es la parte más importante del Derecho Industrial.

Para llegar a este campo y llegar a la legislación positiva vigente en El Salvador, ha sido necesario que se hayan sucedido luchas sindicales y sociales, más el pensamiento socialista que ha impregnado la doctrina que el legislador nuestro recoge y traduce en la legislación laboral. No siempre ha sido así, desde luego, hay que buscar algunos antecedentes históricos para saber por qué el legislador nuestro llegó a establecer este régimen de previsión y seguridad social. Si nosotros hacemos un estudio comparado de lo que sucede, de lo que informa este Código de Trabajo y de lo que informa la ley del Seguro Social se verá que en ese aspecto la ventaja de ésta es bastante grande en relación a la de aquél. Su poca practicidad y aplicabilidad lo van volviendo, a medida que pasa el tiempo, en un instrumento de muy poca importancia, excepto en el caso de los trabajadores agrarios que no tienen un régimen dentro del Seguro Social Salvadoreño.

Para poder llegar a esta legislación, ya sea a la del régimen del Seguro Social o a la establecida en el Libro Tercero del Código de Trabajo, fue necesario que la humanidad arribada a un estadio cultural, social y económico propicio, en el que grandes grupos de la población trabajadora exigieran algo más que miseria a cambio de su trabajo; ésto sucedió cuando en el siglo XVIII se dio lo que sociológicamente se conoce como Revolución Industrial, ubicada en el tiempo aproximadamente entre el siglo XVIII y siglo XIX." (1)

2 - ANTECEDENTES HISTORICOS

Con relación a los antecedentes Históricos, el Doctor Solano nos dice lo siguiente: "Esta localización es correcta y consiste dicha revolución especialmente, en un cambio de vida de los trabajadores y en la invención y aplicación de la máquina a la industria. Pasó el período en el cual lo más importante fue la agricultura, pero después de esa etapa de primordial importancia viene el desarrollo de la industria con la invención de la máquina y la introducción de herramientas complicadas para la transformación de la materia prima; es decir, que fue necesario que se diera el fenómeno del maquinismo, de introducción de las máquinas a la transformación de la materia prima para que la producción cada vez fuera mayor, y, desde luego, a mayor producción, mayor comercialización de los productos; necesariamente, entonces, tuvo que venir un aumento en el empleo de la mano de obra, aumento en el pago de los salarios; ésto trajo como consecuencia mayores necesidades de los trabajadores y mayores exigencias de los mismos. Al aumentar la exigencia y demanda de mano de obra se pudo ver también un éxodo de la población rural hacia las ciudades, observándose una especie de relajación de la servidumbre del campo y como consecuencia de ésto, mayor número de trabajadores de las ciudades, lo que trajo como resultado natural un exceso de mano de obra; ésto es: mayor número de trabajadores demandando trabajo provocando un estado de crisis de desempleo, problemas de tipo social y económico; este exceso de mano de obra, mecanización industrial, mayores riesgos en la empresa, presión de las masas laborantes dieron como resultado las primeras legislaciones o normas sobre segu

ridad e higiene industrial, de protección de los trabajadores en su salario, en su salud, en su integridad física.

Otros efectos colaterales que trajo la introducción de la máquina en la industria para la transformación de la materia prima, fue el aprovechamiento de la mano de obra infantil, puesto que el pago de salarios a menores de edad siempre es menor, conduciendo a la reducción de los costos en la empresa.

Los empleadores dieron más trabajo a los menores de edad y a las mujeres; ésto fue otra causa más para que aparecieran otras normas de control y de regulación de las relaciones laborales, estableciéndose las primeras medidas para que los menores no fueran víctimas de la explotación patronal. Precisamente nuestro Código, en el Art. 104, consagra un régimen especial para el trabajo de los menores y de las mujeres; dice así: "El trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años debe especialmente ser adecuado a su sexo, edad, estado físico y desarrollo"; y el Art. 105 dice así: "Se prohíbe el trabajo de los menores de 18 años y de las mujeres de toda edad en labores peligrosas o insalubres"; de dónde viene esta disposición?, dónde encontramos su antecedente?. Precisamente en la Revolución Industrial, dado que la tendencia para reducir los costos era de emplear en lo posible la mano de obra infantil y de las mujeres".

Otro efecto que trajo el establecimiento o surgimiento de la industria a través de la introducción de la máquina y de herramientas complicadas es el regimen del trueque, cuando el empleador tenía la oportunidad de comerciar con el mismo valor, o eran equivalentes al salario que debían de pagar a los trabajadores. Al mismo tiempo se acostumbraba, siempre con la misma tendencia -

de reducir el costo de la producción, a pagar por medio de fichas, de vales o de pagarés. En atención a éso, y evitando o tratando de evitar la repetición de situaciones como ésta, el Art. 120 de nuestro Código consagra una disposición que dice que el salario debe pagarse en moneda de curso legal; y el Art. 30 Número 9 señala como una prohibición a los patronos el pagar los salarios con fichas, vales, cupones, pagarés, o cualquier otro símbolo que no sea moneda de curso legal. Estas disposiciones también, como las anteriores relativas a los menores, tienen su antecedente histórico en el implantamiento de la nueva era del maquinismo industrial en la cual era característica propia de dicho régimen el pagar en esa forma.

Además de dichos problemas se observó el del ambiente de trabajo; se pudo establecer que, a medida la máquina se hacía más complicada, los trabajadores, con el deseo de obtener mayores salarios, trabajan más; se observó entonces que el ambiente de trabajo se hacía cada vez más peligroso para los trabajadores; de donde fue necesario dictar las primeras medidas de protección, seguridad e higiene en los establecimientos industriales. Nuestro Código participa de esa tendencia de salvaguardar la integridad de los trabajadores: el Art. 314 señala como obligaciones de los patronos la de adoptar y poner en práctica medidas adecuadas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo para proteger la vida, salud y la integridad corporal de sus trabajadores; especialmente señala cuales son las condiciones o las causas que el patrono debe tener en cuenta para protegerlos.

Dónde encontramos el antecedente de esta disposición?

También en los inicios de la Revolución Industrial. Posteriormente

mente se ve, y ésto ya en nuestros días, una intervención más directa del Estado, quien ya no se conforma con observar qué es lo que está sucediendo en las distintas empresas con los trabajadores, cuáles son las necesidades de los trabajadores sino que sale adelante a la protección de ellos, creando los regímenes de seguridad social, que, como se anotó al principio son los establecidos en el Código de Trabajo, pero adelante se establecen los regímenes de seguridad social (Ley del Seguro Social).

El problema de los sistemas de seguridad social, y ésto es una de las críticas que se le hacen, es de que prácticamente son sectarios o clasistas porque sólo cubren a determinada categoría de trabajadores y no a la totalidad de ellos. Sin embargo, la Ley del Seguro Social, en el Art. 3, dice: que el regimen del Seguro Social obligatorio se aplicará a todos los trabajadores que dependan de un patrono; es decir, hay una intención del legislador, del Estado, a cubrir a los trabajadores por la contingencia a que están expuestos como tales; hay una política que está definida en una ley específica, cuál es la política que quiere seguir nuestro legislador? Cuál es la política del Estado? Es la política señalada en la Ley del Seguro Social o es la señalada en el Código de Trabajo? Trataremos de ver hasta donde una u otra política es la más conveniente y aplicable en nuestro país.

Haciendo un resumen de lo dicho podemos asegurar que la seguridad y la previsión social, cuyos términos se consideran equivalentes aún con algunas diferencias expresadas por algunos autores, son derivaciones históricas de un fenómeno de gran importancia en la vida de los pueblos como es el denominado Revolución Industrial este fenómeno social u económico consiste principalmente en la in-

roducción de la máquina para la transformación de la materia prima y en la implantación de herramientas complicadas para la transformación de dichas materias.

Este solo hecho que podríamos considerar como una invención de tipo científico tiene sus repercusiones sociales y económicas. en primer lugar resulta que a mayor producción se exige o hay más posibilidad de mano de obra y, en consecuencia las ciudades absorben mayor número de personas, mayor número de trabajadores- muchos de ellos provenientes del campo. Por otro lado el regimen capitalista que empieza a florecer, el regimen liberal-individualista - que está en su pleno apogeo y que considera que la producción debe hacerse al menor costo posible, da lugar a la perniciosa y ---cruel tarea de emplear a menores y mujeres en actividades industriales que corresponden a los hombres.

Posteriormente otros efectos que esto tuvo, como ya lo dijimos, es el de mayor concentración de obreros en las fábricas en las industrias y, desde luego, ésto trajo mayores riesgos ocasionados por las máquinas. Fué necesario entonces que se empezaran a dar las primeras leyes, las primeras regulaciones jurídicas para la protección de los trabajadores.

Vamos a suponer que ese marco aquí explicado de una manera -- bien general es un marco socio-económico suficiente, desde luego que todos tenemos los conocimientos de la historia socio-económica del trabajo; entonces, con esas indicaciones generales podemos entrar a ver la legislación nacional, en qué estado se encuentra y sus proyecciones y poder hacer, de esta manera, comparaciones entre el regimen del Seguro y el regimen previsto en el Código de Trabajo". (2)

3 - DIFERENCIAS ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGURO SOCIAL

El Doctor Rubén Antonio Mejía Peña, con relación a este tema tiene la opinión siguiente: "Es conveniente analizar dos conceptos que a menudo serán confundidos, tales son los de Seguridad Social y Seguro Social. Son o no son una misma cosa, una misma institución?. Si nos referimos a la disposición de nuestra Constitución Política relativa a los principios de Seguridad Social, en el Art. 186 concretamente podemos ver que nuestro legislador constituyente en el 50 dijo que: "La Seguridad Social constituye un servicio público de carácter obligatorio y que la ley regulará los alcances de extensión y forma en que debe ser puesto en vigor, al pago de la cuota del seguro contribuirán los trabajadores, patronos y el Estado; el Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores en la medida en que sean cubiertos por el seguro social".

Observamos que el legislador constituyente no precisó, los conceptos de Seguridad social, da la impresión de que los tomó como sinónimos; entonces, no es la disposición constitucional la que nos va a aclarar el punto, debemos de referirnos a otros aspectos de doctrina para delimitar los campos, porque es conveniente tener bien clara la idea de que Seguridad Social y los seguros en relación con la seguridad social están en relación de medio a fin.

Para los efectos de esta exposición que tiene que ser necesariamente breve, analicemos uno de los diversos conceptos sobre seguridad social, porque existen y muy variados, de acuerdo al enfoque en que se conceptúan.

"Seguridad Social es el conjunto de medidas adoptadas por la Sociedad y, en primer lugar, por el Estado para garantizar a todas las personas los cuidados médicos necesarios, así como los medios económicos de subsistencia, en todos los casos de pérdida o reducción importante de sus ingresos causados por circunstancias dependientes de su voluntad". Para cumplir sus objetivos, la seguridad social se vale de otros medios, entre los cuales podemos mencionar sin agotarlos, por supuesto, los servicios nacionales de salud, sanitarios y asistenciales, a cargo de instituciones estatales dependientes normalmente de un ministerio y que se costean con los fondos del presupuesto general de las naciones. Las prestaciones laborales a cargo de los empleadores contenidas en el Código de Trabajo, los sistemas obligatorios en términos generales, son instrumentos de seguridad social; en nuestro país, contamos con regímenes obligatorios como el de pensiones y jubilaciones civiles, pensiones y montepíos militares y pensiones a cargo de las empresas, cuando se ha logrado obtener esta prestación a través de la contratación colectiva. Las mutualidades, asociaciones de socorro mutuo en las cuales los socios son a la vez asegurados y aseguradores, son manifestaciones de seguridad social; finalmente, los seguros sociales constituyen uno de los instrumentos más importantes. Vamos entonces que, dentro de este complejo de acciones a través de las cuales se manifiesta la seguridad social, los seguros sociales con todo y ser uno de los principales instrumentos no agota la gama de manifestaciones de la seguridad social, es decir que seguro social y seguridad social se encuentran en relación de medio a fin, es una cosa que debemos tener presente, a pesar de la oscuridad de las disposiciones constitucionales en re-

lación con estos dos conceptos de seguridad social y seguro social, ha sido obviada en parte por el legislador en la Ley del Seguro Social dictada en 1953, pues en los considerandos de ésta encontramos ya algún indicio de esta discusión que venimos hablando, pues el considerando tercero de la ley del Seguro Social dice textualmente que: "Debe de limitarse con claridad al campo de acción del seguro social con la actividad que le corresponden desarrollar al Gobierno para asegurar la seguridad social de todos los habitantes de la República"; el considerando quinto dice: "Que los fines de la seguridad social, ameritan una relación armónica de las actividades del Gobierno con las que competen al seguro social sobre la materia"; de manera que el legislador secundario delimitó mejor los campos tanto en el aspecto doctrinario contenido en estos considerandos como en algunas disposiciones; así tenemos el Art. 6 de la Ley del Seguro Social nos dice: "Con el objeto de mantener la indispensable correlación entre los fines de seguridad social que cubrirá el instituto y los que integralmente le corresponden al Estado y para los demás fines previstos de nuestra Ley, el Instituto se relacionará con los poderes públicos a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social", es clara la distinción en esta disposición. El Art. 24 de la Ley insiste en ello al disponer que "el Instituto proyectará sus actividades y ejecutará sus programas procurando evitar la innecesaria duplicación de funciones con los organismos gubernamentales que realizan fines de seguridad social"; queda claro pues, que la acción y finalidades de la seguridad social no se agotan en la acción del Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Nuevamente el concepto que vamos a iniciar sobre seguridad social ha sido superado también en algunas disposiciones de derecho positivo y ha llegado a

conceptuarse la seguridad social, como derecho de la persona a la que se da protección contra todos los riesgos sociales a que se encuentran expuestas. Encontramos disposiciones de ese tipo en la Constitución Francesa de 1946 y en la Constitución de Panamá de 1945, y se establece expresamente que todo individuo tiene derecho a la seguridad social de sus medios económicos de subsistencia. Distinguido ya el seguro social de la seguridad social, preguntémonos cuál es la relación del Seguro Social, con los seguros en general porque precisamente el seguro social respecto de la Institución jurídica del seguro es una especie dentro del género Seguro jurídicamente instituido dentro del derecho mercantil.

Como simplifica Donaty en su obra "Los Seguros Privados", el hombre ante las necesidades que dependen de un hecho futuro incierto, siendo previsor puede preparar los medios económicos precisos para atenderla cuando se presenten; cuando lo hacen personalmente se tiene el ahorro, el ahorro personal, pero si la reparación de riesgo se confía a un tercero por un costo parcial estamos frente al seguro. La esencia del seguro consiste pues en garantizar la satisfacción de necesidades futuras e inciertas, mediante la obligación, por otro de suministrar los medios económicos precisos cuando se presenten dichas necesidades; asegurar a alguien significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse un acontecimiento futuro e incierto.

En el aspecto jurídico, la institución del Seguro descansa en la categoría técnica de la relación jurídica y podemos definir la relación aseguradora siempre con Donaty, como aquella relación en la cual el asegurador contra el pago o la obligación de pago de la prima, se obliga a resarcir al asegurado dentro de los límites convenidos, de las consecuencias de un evento dañoso o incierto.

Sobre esas bases, el seguro es susceptible de una construcción científica mediante leyes matemáticas, fórmulas actuariales y normas de carácter legal. Frente a esta concepción del seguro privado, ¿qué es el seguro social? Dado un concepto de una institución tan compleja como el seguro social, es obviamente difícil, y esa dificultad se refleja con las definiciones de los diversos tratadistas que son muy variadas; tratando de simplificar el problema podemos decir sencillamente que, dentro del orden de ideas que hemos venido gozando hasta aquí, el seguro social es un seguro especial, fundamentado en la necesidad social y establecido en el Estado con carácter obligatorio. Por una parte, es un seguro como cualquier otro, se vale de las técnicas del seguro privado y descansan sobre bases científicas, en el aspecto económico, demográfico y financieros. En los distintos riesgos cubiertos por los seguros sociales, hay siempre un efecto económico innegable, que se concreta o bien en la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia o bien en un daño emergente.

La relación social del Seguro, puede definirse como aquella relación jurídica que tiene la ley como fuente mediata e inmediata, en virtud de la cual, una institución de derecho público, actuando como asegurador, está obligada a satisfacer a quien legalmente corresponda prestación ante la realización de un evento previsto a cambio de la contraprestación correspondiente.

Hemos hecho esta relación entre Seguro Mercantil y Seguro Social, para llegar a la siguiente conclusión: No obstante el carácter intrínseco de legislación social en el más amplio sentido, las prestaciones de los seguros sociales están condicionadas y predestinadas por factores de tipo financiero. Debe tenerse bien presen

te cuando se hace un análisis crítico de los planes, de sus principios, de las aplicaciones de seguridad social, indudablemente la finalidad última, es satisfacer todas las necesidades de seguridad de la persona humana pero, en el aspecto práctico, los seguros sociales como institución al servicio de la seguridad social, concepto más amplio, tiene alguna limitación, a veces simpatización, en razón de su estructura financiera económica, que es la que predetermina y actúa como factor limitante, al estructurarse los planes de beneficios para la cobertura de los distintos riesgos sociales. Así vemos que la Ley del Seguro Social, en el considerando número dos, que el regimen del Seguro Social, debe responder en todo tiempo a las posibilidades económicas, de la población activa y del gobierno de la República. En el capítulo relativo al establecimiento gradual del seguro, el legislador insistió sobre este carácter económico de la institución del Seguro, al establecer que la extensión de los programas que desarrollará el Instituto en cuanto a la clasificación de los trabajadores asegurables, el porcentaje sobre los salarios de base con que contribuirá el fisco, los patronos y los trabajadores, la extensión y condición de los beneficios que proporcionará las áreas geográficas de aplicación, será objeto de un proyecto de reglamento especial que elaborará el instituto. El Poder Ejecutivo podrá introducir a dicho reglamento las modificaciones que fueren necesarias para el mantenimiento de la estabilidad económica, fiscal y social de la República. El Art. 23 nos continúa diciendo que "el Instituto estudiará forma de cubrir las contingencias que se refiere el Art. 2, atendiendo el grado de eficiencia que tenga la organización administrativa de la misma a la situación económica del país, a las

posibilidades fiscales, a las necesidades más urgentes de la población asegurable, y a las posibilidades técnicas de prestar los servicios". Estas breves consideraciones se hacen con el fin de que se tome en cuenta que la estructura del Seguro Social, en cuanto a seguro, es igual a un seguro privado en sus aspectos técnicos-económicos-financieros, siendo este factor delimitante de la capacidad de acción del seguro social como tal en cuanto a sus planes de beneficio.

Es decir la estructuración de las prestaciones del Seguro Social no obedecen únicamente a la necesidad de parte de los beneficiarios a que están destinados sino a las posibilidades económico-financieras de existencia". (3).

4 - EL SEGURO SOCIAL EN EL SALVADOR

En relación a este tema, el profesional anteriormente citado nos dice: "Pasemos entonces a hablar del Seguro Social en El Salvador; en nuestro país el legislador constituyente de 1950, impuso obligatoriamente el sistema de seguridad social que había surgido el año anterior por iniciativa del Consejo de Gobierno Revolucionario, observamos como las características interesantes del texto constitucional a que nos referimos anteriormente, que la Ley del Seguro Social consagra, el principio de extensión gradual de la cobertura, en un triple aspecto: riesgos cubiertos, áreas geográficas y personas protegidas. El Art. 2 de la Ley establece que el campo de aplicación en materia de riesgos cubiertos, al prescribir que el Seguro Social, cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de enfermedad, accidente común, accidente de trabajo, enfermedad profesio-

nal, maternidad, invalidez, vejez, muerte y cesantía involuntaria.

El término empleado por la Ley, tomó a todas las legislaciones, de seguridad social de riesgos cubiertos hay eventos como el de la maternidad que no responden a la concepción tradicional del riesgo heredada en derecho mercantil, en donde el riesgo se conceptúa como un evento futuro e incierto.

Modernamente se tiende a sustituir el concepto de riesgo social por el de carga social pero no hace mucha aceptación por el paso de la tradición en esta materia. En cuanto a las personas protegidas el Art. 3 de la Ley del Seguro Social establece que "el regimen del Seguro Social obligatorio, se aplicará a todos los trabajadores que dependen de un patrono sea cual fuere el tipo de relación laboral que los vincule y la forma en que se haya establecido la remuneración. Podrá ampliarse oportunamente a favor de las clases trabajadoras que no dependan de un patrono", es decir la Ley ha limitado por una parte, la cobertura del Seguro Social a los trabajadores dependientes o independientes, trabajadores asalariados o no, y ha dejado a las disposiciones de carácter reglamentario la fijación de la época en que las diferentes clases de trabajadores se irán incorporando al Seguro Social.

Podemos observar entonces en esta disposición que el término trabajador empleado por la Ley del Seguro Social, es distinto aunque no contrario al de trabajadores del Código de Trabajo, indudablemente dentro del espíritu de las disposiciones del Código de Trabajo vigente y en relación con una disposición concreta del Código de Trabajo anterior, para los efectos del Código, es posible concebir un trabajador independiente, pues clásicamente

la capacidad de trabajador descansa en la dependencia de un patrono.

Vemos entonces que la Ley del Seguro Social, al referirse a los trabajadores independientes nos dice que el concepto de trabajador, el término trabajador es más amplio, es distinto al concepto de trabajador empleado por el Código de Trabajo.

Es más, considerándolos también trabajadores dependientes, la Ley del Seguro Social dispuso expresamente en el Art. 99 que "el término trabajadores usado en esta ley, comprende también a los empleados y funcionarios del Estado, municipios, a las instituciones oficiales autónomas y corporaciones de utilidad pública, el término correlativo patrono deberá aplicarse al Estado, a los municipios, a las instituciones oficiales autónomas y a las corporaciones de utilidad pública."

La Ley del Seguro Social precisa en su campo de aplicación, que la cobertura personal aunque está referida a los trabajadores lo está en una forma más amplia que la protección que les concede a los trabajadores dependientes del Código de Trabajo.

En virtud de la disposición de la Ley se dispone que por medio de los reglamentos de término en cada oportunidad la época en que las diferentes clases de trabajadores se incorporen al seguro así el reglamento de aplicación de la Ley, en su Art. 2 dispone que el regimen del seguro, en su primera etapa no será aún aplicable, a los trabajadores al servicio del Estado, de los municipios, y de las entidades oficiales autónomas. Sin embargo algunas entidades oficiales autónomas, que se han incorporado expresamente al regimen del Seguro Social, y con el mismo Instituto Salvadoreño del Seguro Social, la Comisión Ejecutiva Portuaria

Autónoma, Banco Central de Reserva de El Salvador, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados y el Instituto de Fomento Industrial.

En virtud de esa disposición, el empleado público como tal, en términos generales, se encuentra excluido transitoriamente de la aplicación del régimen del Seguro Social. Pero está supuesto a ser incluido en su oportunidad; el aspecto económico a que nos referimos inicialmente tiene mucho peso, en esta exclusión, cuando el Estado se encuentre en capacidad de proporcionarles, a sus propios servicios las prestaciones del Seguro Social, contribuyendo efectivamente al financiamiento de las mismas. En segundo lugar se encuentran excluidos los trabajadores domésticos, los trabajadores eventuales y en razón de los salarios devengados por los trabajadores hay un régimen distinto en los dos sistemas de cobertura del Seguro Social, así para efecto de las prestaciones por maternidad, enfermedad y riesgos profesionales, existe un límite de salario fijado actualmente en setecientos colones mensuales. Los trabajadores independientes, a los trabajadores asalariados con ingresos superiores a setecientos colones se encuentran excluidos de las prestaciones del régimen. Otro gran programa del Seguro Social es el de las prestaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, éste, el límite de setecientos colones mensuales tiene otro efecto, el de establecer un tope para efectos de cotización, pero no excluye de la aplicación del régimen a los trabajadores que le superen, es decir al régimen de invalidez, vejez y muerte contribuyen y están sujetos todos los trabajadores independientes de su salario; pero están obligados a cotizar los que ganan más de setecientos colones, únicamente sobre este tope

de cotización, setecientos colones. Finalmente se encuentran excluidos de la aplicación del regimen del Seguro Social los trabajadores agrícolas y ésta es una exclusión en la que sí amerita que nos detengamos un poco más, porque precisamente despues de 20 años de la aplicación del regimen legal del Seguro Social en El Salvador, éste cubre actualmente alrededor del 13% de la población económicamente activa que está en una relación aproximada alrededor de un 5% de la población total; es decir la cobertura es mínima, precisamente y fundamentalmente en razón de exclusiones, preferido en muchos aspectos también en el aspecto de la seguridad social por dificultad enorme de orden técnico, financiero y social, pero al respecto quiero externar que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social se encuentra empeñado desde hace mucho tiempo en estudiar la factibilidad de hacer efectivo al sector campesino el regimen de seguridad social por lo menos por el momento, en el campo de las prestaciones médicas se ha estudiado a conciencia el problema y se ha llegado a la conclusión que en base a nuestra realidad nacional y en experiencia de otras instituciones de seguridad social, es muy difícil sino imposible trasladar, transplantar, al sector agrícola el molde clásico de los seguros sociales que opera entre nosotros respecto de los trabajadores de la industria, comercio y servicio.

Se ha preparado en conciencia un proyecto que excede los moldes de este seguro clase, en el sentido de cubrir a toda la población rural sea o no trabajador asalariado, o independiente: es decir, que pretende la cobertura completa tanto de los trabajadores como de la familia. Indudablemente son proyectos de enorme trascendencia y enormes dificultades prácticas, que el Instituto pretende

implantar a nivel de plan experimental en cuanto tenga la decisión política al respecto; se tratará del sistema distinto del seguro social con un sistema de financiamiento muy diferente que ya no puede radicar en las cotizaciones del trabajador y el estado sino que pretende un financiamiento diferente para poder extenderlo a este sector mayoritario; si no la cobertura total por lo menos los servicios indispensables en cuanto a su protección y la de su familia. En el aspecto de la función territorial del régimen las prestaciones médicas del seguro social han tenido la cobertura gradual que se inició en el área metropolitana y se ha ido extendiendo en forma más acelerada durante los últimos años a los diversos municipios del país, que posiblemente se complete dentro del próximo año en la cobertura total de todos los municipios del país.

El régimen de pensiones de invalidez, vejez y muerte comenzó el primero de enero de 1969, cubriendo a todos los municipios del país.

Al analizar los principios constitucionales relativos a la seguridad social, tenemos el Art. 186, la única que fija la contribución de trabajadores, patronos y Estado que es lo más usual en muchos regímenes de seguridad social; para nosotros en El Salvador, esta disposición constitucional ha significado en la práctica un freno en la extensión de los programas del Seguro Social en cuanto la decisión política de extender los beneficios del seguro a otros sectores y actividades económicas. Hubiera sido deseable que esta disposición se hubiera dejado para mayor flexibilidad en la Ley del Seguro Social, que podía ser modificada después de la primera etapa de la implantación del seguro y exonerar

al Estado en cuanto tal, de una contribución directa en la forma de cotizante activo porque precisamente esa contribución frenó en muchos momentos, la decisión de extensión gradual del régimen.

En los seguros de Pensiones, se establece como recomendación de carácter técnico, que como respaldo financiero del otorgamiento de las prestaciones de este seguro, exista por lo menos una determinada densidad de cotizaciones; es decir: un mínimo de cotizaciones en relación con determinado tiempo; éste ha sido el principio adoptado por el Seguro Social en materia de invalidez, vejez, muerte, que se concreta en la disposición del Art. 5 del reglamento para la aplicación de los Seguros de Invalidez, vejez y muerte, al que haremos referencia en todo el resto de la charla dentro de nuestro sistema y en relación por invalidez, en materia de cotizaciones, es necesario acreditar un período mínimo equivalente a cien semanas completas continuas o discontinuas en los cuatro años anteriores a la fecha de la iniciación de la invalidez; ésto es una aplicación para todos los asegurados menores de 30 años. Cien semanas de cotización en los cuatro años anteriores a la solicitud de las prestaciones, prácticamente es el equivalente aproximado a 2 años de cotización en los últimos cuatro. La densidad de cotización es exigida como requisito para tener derecho a prestaciones, que está establecida en relación? Para los asegurados cuya edad oscila entre 30 y 40 años, el requisito es de 150 semanas en los últimos diez años; para los mayores de 40 y menores de 50, 200 semanas en los últimos 8 años; para los mayores de 50 y menores de 60, de 250 semanas en los últimos diez años; y para los mayores de 60, son 300 semanas de cotización en los 11 años anteriores a la solicitud de la prestación; de manera que se ha -

reglamentado la base de acreditar un mínimo de cotización prescrito como densidad; es decir: cierto número de cotizaciones en relación a un determinado tiempo, hechas efectivas dentro de un determinado período de tiempo.

Siempre en el documento que hacemos referencia, la prestación de invalidez debería pagarse en caso de incapacidad para efectuar un trabajo, razonablemente remunerado a causa de la pérdida de un miembro o de una función. La cuantía de la prestación será proporcional a las ganancias anteriores al asegurado, debería admitirse el derecho a prestaciones si la persona cuya capacidad para el trabajo esté reducido, no puede ganar con un esfuerzo normal por lo menos un tercio de las ganancias normales que obtengan las personas físicamente sanas con una formación similar en su empleo anterior, este principio ha sido recogido en la disposición del Art. 13 del reglamento de aplicación del seguro de pensiones; se considera inválido no al incapacitado físicamente si no al que a consecuencia de enfermedad o accidente común vea disminuida su capacidad de ganancia, por lo menos en un 66%; es decir se considera inválido al trabajador asegurado incapacitado para trabajar a consecuencia de una enfermedad o accidente, vea disminuida en razón de esa incapacidad sus ganancias normales en un 66% o más. En cuanto a la vejez la OIT recomienda que la prestación de vejez debería pagarse cuando se alcance la edad prescrita que debiera ser aquella en la que comunmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente.

La edad mínima para poder solicitar la prestación de vejez debería fijarse en 65 años para el hombre y 60 para la mujer como máximo, sin embargo podría fijarse una edad inferior para las per

sonas que durante muchos años han trabajado en labores penosas o insalubres. esta recomendación se refleja ya en nuestra legislación del seguro de pensiones por invalidez, vejez y muerte, en el Art. 32 del reglamento de aplicación; se establece precisamente como edad de retiro 65 años para el hombre y 60 para la mujer.

Se establece un límite inferior dentro de las condiciones que hemos dicho previamente para el retiro de las personas que hayan trabajado durante mucho tiempo en labores penosas e insalubres y tratándose de ello los hombres pueden jubilarse a los 60 y las mujeres a los 55. En relación con la muerte del Jefe de familia la recomendación dice que las prestaciones de sobrevivientes deberían pagarse cuando se presuma que la pérdida de los medios de vida de la familia, está motivada por la muerte de su jefe, las prestaciones de sobrevivientes deberían pagarse a la viuda del asegurado por los hijos, hijos adoptivos y a reserva de que estuvieran inscritos anteriormente como personas a su cargo, por los hijos ilegítimos de un asegurado o de una asegurada. En las condiciones determinadas por la legislación nacional a la mujer que no estando casada haya suavizado con esto, el Art. 42 del reglamento de aplicación establece precisamente como beneficiario de prestaciones de sobrevivientes a estas personas: la viuda o el viudo permanente y los hijos del asegurado hasta la edad de 16 años, o de 21 si hacen estudios regulares en establecimientos educacionales públicos o autorizados por el estado; la compañera de vida que en atención a la necesidad sociológica normal tiene frente al Seguro Social y bajo determinadas condiciones los mismos derechos que la esposa legítima es también beneficiaria de las prestaciones de sobrevivientes en ausencia de viuda. Los padres legítimos o adoptivos que tengan 65 o más años de edad el padre o de 60 o más

la madre, o de cualquier edad si son inválidos, la existencia de beneficiarios de un orden de los mencionados excluye del derecho a pensión a los siguientes, no obstante la compañera de vida tendrá derecho a pensión cuando no haya viuda, aunque hayan hijos; son beneficiarios de pensión de sobrevivientes a la muerte de un asegurado en primer lugar la viuda y los hijos menores que dependían económicamente del asegurado, a falta de viuda la compañera de vida debidamente inscrita en seguro social, y a falta de viuda huérfanos o compañera de vida es decir en defecto de los beneficiarios anteriores los padres del asegurado que hayan cumplido la edad del retiro en la que se presume en todo caso la dependencia económica es decir la edad de 65 años el padre y 60 la madre.

El financiamiento de pensiones por el régimen de invalidez, vejez y muerte descansa fundamentalmente en las cotizaciones tripartitas establecidas por principios constitucionales como hemos visto previamente, el orden del 4% del salario de los trabajadores, la tasa de cotización prevista reglamentariamente en la etapa inicial de funcionamiento de este seguro que se distribuye con 1% para el trabajador un 2% a cargo del patrono y un 1% a cargo del estado, además de las cotizaciones sobre salarios está previsto en el Art. 4 del reglamento de aplicación, una cotización sobre subsidio por incapacidad temporal, es decir sobre la prestación económica que otorga el seguro en caso de incapacidad temporal por enfermedad o accidente; esta organización en sí no tiene carácter financiero relevante pero tiene por objeto no dejar descubierto durante los períodos de incapacidad temporal, no dejar descubierto la sujeción al regimen de pensiones porque dentro del límite máximo conocido de ustedes de 52 semanas la ausencia de un año de

cotizaciones podría afectar eventualmente al asegurado, tanto que en cuanto a la determinación de su derecho como en cuanto a la cuantía de la prestación que eventualmente se le puede liquidar de manera que al regimen de pensiones, no se cotiza exclusivamente sobre salario, también se cotiza cuando el asegurado se encuentra incapacitado temporalmente y gozando de los subsidios que le concede el seguro de maternidad, enfermedad y riesgos profesionales. Finalmente el Art. 4 que comentamos establece que el seguro de pensiones se financiará también con las rentas, utilidades, utilidades, de la inversiones de las reservas que se acumulen y a este propósito tal vez convenga hacer una aclaración porque hemos tenido la oportunidad de captar alguna confusión sobre esta materia; tratándose de un regimen de cobertura de un riesgo a largo plazo los ingresos iniciales del sistema se capitalizan y están destinados legalmente a ser invertidos en valores rentables y el producto de la renta de la inversión de esta reserva, constituye una fuente importante para el financiamiento del sistema. La Ley del Seguro Social modificada en 1969 introdujo disposiciones limitativas acerca del destino de la inversión de las reservas técnicas, precisamente en función de garantizar la seguridad de la inversión, y ha sido muy usual cuestionar el por qué el Seguro Social invierte en actividades distintas a las propias finalidades del seguro, en vez de dar esos recursos y esos fondos a la mejora de sus instalaciones y servicios de carácter médico. La respuesta a esta objeción es obvia y bastante lógica, el dedicar fondos de reservas del seguro de pensiones a la infraestructura médica del seguro de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales, no constituirá en sí una inversión sino un gasto, pero la situación conviene aclararla, no va a tener un carácter definiti-

vo y permanente, desde el momento que se estableció legalmente la imposibilidad, es decir, se estableció la prohibición de invertir, de traspasar fondos de un regimen al otro, es función de seguridad del sistema nascente, de pensiones a partir de 1969, pero es una situación que debe ser cambiada precisamente porque estas reservas capitalizadas a ser una fuente de recursos vía inversión debe dentro del sistema financiero del seguro de pensiones mantenerse inalterable, es decir las reservas no se descapitalizan de manera que eventualmente y cuando estime conveniente, es posible y no es contrario a la doctrina el reformar la Ley es limitativa en la actualidad y permitir que se invierta los fondos de las reservas de pensiones en el seguro médico para su infraestructura, siempre y cuando de parte del seguro médico se reciba la renta actuarial prevista como mínimo para mantener la estabilidad financiera del sistema de pensiones; es conveniente tener presente que esta tasa de cotización del 4%, establecida al inicio del sistema, no es una tasa definitiva, ningún régimen de prestaciones por invalidez, vejez y muerte del plan de beneficios que contempla, se puede financiar indefinidamente con un costo igual al 4% del salario, y adoptó, el sistema financiero de forma escalonada para hacer viable y más fácil la introducción del sistema, pero está previsto reglamentariamente de acuerdo con el Art. 5 del reglamento de aplicación, que cada vez que los ingresos del regimen de pensiones por concepto de las cotizaciones y los intereses de la reserva técnica, sean insuficientes para cubrir los egresos en concepto de prestaciones y de administración, la cotización será elevada al 2% de remuneración es decir, en una primera etapa, los ingresos en concepto de cotizaciones superan grandemente a los gastos en concepto de prestaciones pero son de un nivel creciente, y

en un momento dado de esta diferencia grande en un primer momento de ingresos y egresos surge la posibilidad de una capitalización también grande y se destina a reserva e inversión; pero llega el momento en que el volumen de las prestaciones, incrementado en razón del tiempo llega a ser tal que los ingresos normales en concepto de cotizaciones pueden llegar a ser insuficientes para cubrir las prestaciones, en ese momento de acuerdo con la disposición a que nos referimos será necesario elevar la tasa de cotización en un 2% o más y así lo prescribe la regla de aplicación, -- ese 2% se distribuirá proporcionalmente en la misma forma establecida para el escalón inicial.

El reglamento contempla dentro de su plan de beneficios como beneficiario de las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte en primer lugar al asegurado directo en los casos de invalidez y vejez y tratándose de las prestaciones de sobrevivientes a consecuencia de la muerte del asegurado los beneficiarios a que hicimos referencia serían: la viuda o viudo inválido, los hijos hasta la edad de 16 años o hasta 21 si continúan estudiando, la compañera de vida y los padres legítimos o adoptivos, en orden excluyente como vimos. En qué consisten las prestaciones del sistema?. Son prestaciones típicamente pecuniarias que pagan al asegurado en forma periódica, es decir son pensiones de pago periódico, como prestación fundamental en el sistema de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, la prestación básica es la pensión prestación pecuniaria de pago periódico; colateralmente, accesoriamente a las pensiones líquidas en forma que veremos en seguida, el plan de beneficios contempla asignaciones por hijos a cargo de los pensionados y constituyen un suplemento de determi-

da cantidad de dinero que se suma a la pensión básica a la que el trabajador tiene derecho por invalidez o vejez en relación con el número de hijos menores de 16 o 21 años en las mismas condiciones en que éstos serían beneficiarios a su vez de pensiones de orfandad, y dependen económicamente del pensionado. Otra prestación importante aunque no básica del sistema es la prestación médica a la que tienen derecho los trabajadores asegurados directos dentro del seguro de maternidad y riesgos profesionales es decir las mismas prestaciones que el de seguro de enfermedad le otorga al asegurado activo las recibe dentro del regimen de pensiones el pensionado directo; tiene derecho a pensiones médicas tanto los pensionados por invalidez como los pensionados por vejez, no son extensivas a la familia en la situación actual de desarrollo del regimen. En principio las prestaciones del sistema son directamente proporcionales a los aportes hechos todo el tiempo en que el asegurado cotizó, hay una relación directa entre los aportes y la cuantía de las prestaciones, de acuerdo con las disposiciones pertinentes. Las primeras 150 semanas de cotización efectiva al regimen de pensiones dan derecho a una pensión básica equivalente al 40% del salario base por el cual el trabajador haya cotizado al sistema, es decir las prestaciones se determinan en relación proporcional directa a los salarios sobre los cuales se cotiza. Y dependen del tiempo durante el cual haya cotizado, 150 semanas de cotización dan derecho a un 40% del salario base; a partir esa base cada 50 semanas de cotización posteriores con el equivalente de un año de seguro, dan derecho a que esa cuantía básica del 40% se incremente en 1% más, de manera que en función del tiempo que el asegurado haya estado cotizando al regimen, las pensiones del sistema deben oscilar entre un 40% del salario base y un 90% del salario como máximo; al mismo tiempo el artículo 70 del reglamen-

to de aplicación prescribe que ninguna pensión podrá ser inferior al 60% de la remuneración mínima afecta al seguro es decir que por aplicación de las reglas a que acabamos de referirnos de un 40% del salario base por 150 semanas de cotización y 1% por cada 50 semanas posteriores a esas primeras resultara líquida una pensión inferior al 60% de la remuneración mínima afecta al seguro fijado actualmente en 85 colones al mes el mínimo de salario afecta a cotización la pensión se eleva porque no puede ser inferior a ese porcentaje, se establece como pensión mínima el 60% de la remuneración cotizante establecida reglamentariamente.

Estas disposiciones reglamentarias referidas al asegurado directo para sus prestaciones para su invalidez, o vejez sirven a su vez de base para calcular y liquidar las prestaciones. Para los asegurados que fallecen sin estar pensionados, para el cálculo de la pensión a los sobrevivientes en la cuantía de la prestación a la que habría tenido derecho concepto de pensión de invalidez, si estuviera incapacitado a la fecha de su muerte; la de la viuda es del 60% a cada uno de los hijos 30%; en el caso de los padres 60% si sobreviven ambos el 40% si es uno solo el huérfano que ya lo era de padre o madre, es decir en los casos de orfandad tiene derecho a un 40% de la pensión más alta, que correspondan del padre o de la madre cuando ambos eran asegurados. Estos porcentajes están condicionados a un límite máximo establecido también reglamentariamente, la suma total de las prestaciones de las pensiones de sobrevivientes cuando fueran varios los beneficiarios no pueden exceder del 90% de la pensión a que habría tenido derecho; respecto de las cuantías de las pensiones aparentemente son exiguas sobre todo teniendo en cuenta al inicio del regimen que -

están liquidando prestaciones de tipo básico es decir que andan alrededor del mínimo, establecido reglamentariamente de un 40%, más convendría hacer una relación que permita establecer dentro de nuestro medio cuál es la utilidad práctica en este primer momento de las prestaciones del sistema. El requisito mínimo para tener derecho a una jubilación o a una pensión de vejez, es de 750 semanas completas de cotización con el equivalente aproximado de 15 años bajo seguro 15 años bajo cotización, el régimen está supuesto a cubrir desde que empieza la labor, para jubilarse a los 65 años, el trabajador que cotiza le sistema cuando comienza a laborar 20 años o más tiene la oportunidad de haber cotizado antes de jubilarse 40 años o más, el requisito mínimo es de 15 años; cuando la aplicación del régimen sólo llega a 4½ años, no le han concedido prestaciones por deber.

El 1o. de enero de 1969, cotizaron el sistema trabajadores de todas las edades que habían cumplido ya la edad de retiro, habían trabajadores activos de más de 65 años, o de 70 y más años para los cuales era imposible cumplir el requisito mínimo de 15 años de cotización; en las disposiciones transitorias se previó la aplicación de un crédito especial para estas personas, todos los trabajadores que a la fecha de inicio, el 1o. de enero de 1969, habían cumplido la edad de 30 años y superado tienen derecho en virtud de la disposición reglamentaria a la aplicación de un crédito de cotizaciones en función de la edad, el reglamento establece 30 años, 25 semanas de cotización por cada año en exceso de 30 al inicio del régimen, este crédito especial tiene un límite máximo de 500 semanas de cotización, es decir no puede exceder las 600 semanas, todos los asegurados en edad avanzada, al --

inicio del regimen después de haber cotizado los 2 primeros años, concretamente en 1969 y 1970 tuvieron derecho a la aplicación de este crédito, máxime a 600 semanas de cotización, la cotización efectiva de los tres primeros años de vigencia 1969, 1970 y 1971, es decir después de 150 semanas de vigencia de la aplicación del régimen hubo asegurados en condición de completar el requisito mínimo. Fue así como el sistema dió sus primeras prestaciones de vejez a fines de 1971". (4)

5 - CAMPO DE APLICACION

Con relación a quienes se aplica uno y otro instituto, el ya mencionado doctor Solano, nos dice: "A quiénes se aplica uno y otro estatuto?. A quién se aplica el regimen del Código y a quién el de seguridad social?. En principio el Art. 3 de la Ley señala que el regimen de seguridad social se va aplicar "a todos los trabajadores"; pero la misma disposición se encarga de decir que son los reglamentos los que van a señalar las épocas y oportunidades en que las distintas categorías de trabajadores van a entrar al regimen del Seguro Social.

Como excepciones el Art. 2 del Reglamento para la aplicación del Regimen del Seguro Social señala que no se aplica el regimen a los trabajadores del Estado. - tampoco el Código se aplica a ellos; en ese sentido están iguales El Código no se aplica por la reforma introducida, ya estando en vigencia, y por la cual se excluyen de las regulaciones del Código a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas y semi-autónomas que estuvieren ligadas con el Estado en virtud de un acto de Derecho Público. El Código pues, según dicha reforma, los excluye; sin embargo el re-

gimen del Seguro Social, en virtud de lo dispuesto en el Art. 2 del citado reglamento, incluye a los trabajadores de ciertas instituciones autónomas: Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Banco Central de Reserva, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Instituto Salvadoreño de Fomento Industrial; a estos trabajadores, de conformidad a las disposiciones del Código, su patrono-institución oficial no les debería nada; pero en virtud de las disposiciones de la Ley y Reglamentos del Seguro tiene derecho a las prestaciones que éste les concede y no las precarias que les concede el Código de Trabajo.

A quiénes no se aplica el regimen de Seguridad social? A los trabajadores domésticos; ésta es una de las exclusiones de menor sentido social toda exclusión tiene que serlo del regimen del Seguro. El Código, expresamente, no los excluye de las prestaciones por enfermedad y por maternidad, pero cuando llega al capítulo de los riesgos profesionales, en el Art. 320 letra b, los excluye de la posibilidad de reparación de los riesgos profesionales que puedan sufrir los trabajadores domésticos. Y ésta es una excepción que el Código la estableció de una manera, si se me permite el calificativo, "totalmente disimulada", porque en el anterior Código, "expresamente decía: "no se aplica lo relativo a los riesgos profesionales a los trabajadores domésticos"; pero el Código vigente, mediante un eufemismo legal, nos dice en la letra b; "no se aplica a los trabajadores que presten sus servicios a personas naturales en labores que por su propia naturaleza no le reporten lucro". Quiénes son estos trabajadores? LOS TRABAJADORES DOMESTICOS. Aunque no se dijo expresamente, se refirió a ellos --

cuando los excluyó del regimen o de la protección del regimen de riesgos profesionales.

Se preguntarán ustedes si el Seguro Social ha hecho alguna gestión para incorporar a los trabajadores domésticos a su regimen. Si la ha hecho, pero no exactamente para este regimen que podríamos denominar regimen de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; en realidad no se ha estudiado seriamente la forma viable para incorporarlos al regimen de enfermedad maternidad y riesgos profesionales; pero sí planificó su inclusión en el regimen de invalidez, vejez y muerte, considerando que los trabajadores domésticos, en general, están concentrados en la zona metropolitana, si no todos por lo menos un 80% y todos tienen acceso a los dispensarios o clínicas del Estado; entonces pueden resolver sus problemas de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; si no del todo bien, relativamente bien. Se ha considerado, en una proyección teórica-doctrinal proteger aquella persona que hizo en su vida "profesión de doméstica" y que cuando tiene 50 o 60 años o ya no puede trabajar, es el Seguro quien debe protegerla por medio del regimen de invalidez y muerte; tengo entendido que el Seguro las incluyó alguna vez en un proyecto de reglamento y el Poder Ejecutivo no lo consideró prudente.

El regimen del Seguro Social no se aplica a los trabajadores que trabajan eventualmente para su patrono también están excluidos del Código en virtud de lo que expresan o informan las mismas disposiciones: "es trabajador eventual el que por breve tiempo presta sus servicios a un patrono". De manera que si el Código exige un período de más de un mes para dar prestaciones por maternidad o enfermedad, a los trabajadores eventuales no se les

daría tales prestaciones. También los excluye de la posibilidad de ser sujetos de los riesgos profesionales, porque en el Art. 320, letra b, en su segunda parte, dice: "no se aplicará lo dispuesto en este título a los trabajadores que fueran contratados para labores que no excedan de una semana, ni requieran el empleo de más de 5 personas", que es la característica típica de las labores eventuales.

En ese sentido pues, tanto los trabajadores eventuales como los trabajadores domésticos, en uno y otro régimen, están prácticamente sin ninguna protección.

Por último viene el problema básico de este país, problema que debe considerarse como el número uno: el de los trabajadores agrícolas.

El reglamento del Seguro Social en su artículo 2, letra f, excluye al trabajador agrícola.

Excluye o incluye el Código a los trabajadores agrícolas? No hay una disposición expresa que los excluya de las prestaciones otorgadas en el régimen de Previsión y Seguridad Social, y como sabemos que las excepciones en materia jurídica son de derecho estricto, tenemos que convenir que los trabajadores agrícolas están dentro de la protección establecida en el Código. Esta es una cuestión formal, la realidad es otra: las relaciones de trabajo tan precarias que se establecen en el campo, permiten la explotación del trabajador. Si alguna vez los trabajadores del campo pudieran exigir a sus patronos en virtud de un contrato individual de trabajo, el pago de estas prestaciones previstas en el Código, me atrevo a considerar que, en ese sentido por más que el

Código no los haya excluido y se suponga que los tiene "protegidos" de conformidad a sus disposiciones, los trabajadores agrícolas siguen estando al margen de toda protección posible.

Que ha hecho el regimen de seguridad social por los trabajadores agrícolas? por de pronto hay una disposición clara que los excluye, pero estará dentro de sus programaciones la incorporación de los trabajadores agrícolas alguna vez?

Y el Estado por de pronto es garante del cumplimiento, por parte del patrono agrícola, de las obligaciones sociales que tiene para sus trabajadores?

En cuanto al Seguro Social, según se tiene conocimiento, en su plan quinquenal de desarrollo pretende establecer un plan piloto para trabajadores agrícolas, que se llevaría adelante en el Departamento de Sonsonate, por considerarse que ese Departamento reúne las características físicas, agrícolas, laborales, económicas para poder hacer un plan piloto experimental de seguro social en el campo". (5)

6 - PRESTACIONES INMEDIATAS A CARGO DEL PATRONO

a) Prestaciones por enfermedad

Forma en que lo regula nuestro Código de Trabajo:

Art. 307. "En los casos en que se suspenden el contrato individual por enfermedad o accidente común del trabajador el patrono está obligado a pagarle, mientras dure la enfermedad y hasta el restablecimiento de aquél, una cantidad equivalente al setenta y cinco por ciento de su salario básico, conforme a las categorías y con las limitaciones que a continuación se expresan:

PRIMERA CATEGORIA: Comprende a los trabajadores que tienen un año o más de estar al servicio del patrono y da derecho, en cada año, a gozar del setenta y cinco por ciento de su salario básico durante sesenta días.

SEGUNDA CATEGORIA: Comprende a los trabajadores que tienen cinco meses o más y menos de un año de estar al servicio del patrono y da derecho, durante ese plazo, a gozar del setenta y cinco por ciento de su salario básico durante cuarenta días.

TERCERA CATEGORIA: Comprende a los trabajadores que tienen un mes o más y menos de cinco de estar al servicio del patrono y da derecho, en ese plazo, a gozar del setenta y cinco por ciento de su salario básico durante veinte días.

Los plazos a que aluden las categorías anteriores se contarán a partir de la fecha en que el trabajador comenzó a prestar sus servicios al patrono, y vencerán en la fecha correspondiente de los meses o años posteriores, salvo que se hubiere disuelto la relación de trabajo por una o más terminaciones de contratos, pues en tal caso los meses o años se contarán a partir de la fecha en que se iniciaron las labores de conformidad con el último contrato.

Quando por continuar al servicio del patrono, el trabajador hubiere ascendido una o dos categorías en el término del primer año, tendrá derecho a gozar del setenta y cinco por ciento de su salario durante los días que le correspondan en la categoría en que se encuentre a la fecha de enfermarse, deducidos los que ya hubiere gozado en las categorías inferiores en ese mismo año."

Art. 308. "El patrono no estará obligado a pagar la cantidad a que se refiere el artículo anterior, cuando la adquisición de la enfermedad o el accidente común puede imputarse a culpa grave del trabajador; pero no podrá ampararse anticipadamente en esta circunstancia para eximirse del pago oportuno de las mismas. Comprobada la culpa del trabajador ante el Juez de Trabajo respectivo, el patrono podrá obtener la devolución de las cantidades pagadas y la exoneración en el pago de las futuras; y el Juez atendidas las circunstancias, fijará la forma en que el trabajador deberá reintegrar al patrono las cantidades que éste le hubiere adelantado indebidamente."

Forma en que regula la Ley del Seguro Social de los beneficios por enfermedad y accidente común.

Art. 48.- "En caso de enfermedad, las personas cubiertas por el Seguro Social tendrán derecho, dentro de las limitaciones que fijen los reglamentos respectivos, a recibir servicios médicos, quirúrgicos farmacéuticos odontológicos, hospitalarios y de laboratorio, y los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios.

El Instituto prestará los beneficios a que se refiere el inciso anterior, ya directamente, ya que por medio de las personas o entidades con las que se contrate al efecto.

Cuando una enfermedad produzca una incapacidad temporal para el trabajo, los asegurados tendrán, además derecho a un subsidio en dinero. En los reglamentos se determinará el momento en que empezarán a pagarse, la duración y el monto de los subsidios, debiendo fijarse este último de acuerdo con tablas que guarden relación con los salarios devengados, o ingresos percibidos."

Art.49. "Los reglamentos determinarán el término después del cual si perdura la incapacidad de trabajo producida por enfermedad, se considerará el caso como de invalidez".

Art. 50. "Cuando la enfermedad fuere causada deliberadamente por el asegurado o se debiera a mala conducta suya, no tendrá derecho a los subsidios, si no solamente a los servicios médicos indispensables.

En caso de muerte del asegurado, sus deudas tendrán derecho a la ayuda establecida en el Art. 66".

Art.51. "Cuando la enfermedad fuere imputable a grave negligencia o dolo del patrono, sin perjuicio de la responsabilidad civil, laboral o criminal en que incurra, deberá reintegrar al Instituto el valor de las prestaciones que éste otorgue al asegurado.

Si la enfermedad se debiera a infracción por parte del patrono de las normas que sobre higiene del trabajo estuviere obligado a cumplir, se presumirá la grave negligencia a que se refiere el inciso anterior."

Art. 52. "Caso de accidente común se aplicarán las reglas de los artículos precedentes para el caso de enfermedad común".

Comentario del Art. 307.

Esta disposición señala dos cosas:

- 1 - En caso de enfermedad el patrono solamente tiene la obligación de pagar cantidades en dinero, es decir, darle a su trabajador prestaciones pecuniarias pero no prestaciones por enfermedad.
- 2 - Para tener derecho a gozar de esas prestaciones pecuniarias es necesario tener un período de calificación dentro de la empresa, el trabajador debe haber laborado para su patrono menos de un mes y así sucesivamente; se establecen tres categorías de acuerdo al tiempo que el trabajador tenga de estar al servicio de ese patrón, pero nunca, en cualquier categoría que el trabajador se encuentre, pueden exceder del 75% de su salario durante 60 días las prestaciones que pueden reclamar de su patrono.

Eso en cuanto al régimen de enfermedad establecido por el Código de Trabajo. En relación a las prestaciones por enfermedad a que tienen derecho los trabajadores cubiertos por el régimen del Seguro Social, el Art. 48 de esa ley, considerando que lo que el trabajador de inmediato necesita cuando está enfermo son prestaciones médicas, esa clase de prestaciones le otorga; en cambio el Código, con su criterio simplista, señala que la obligación del patrono es pagarle cantidades equivalentes a su salario. El Seguro Social en su Art. 48 no quiere eso, sino que

considera que lo primario, lo que está en juego en ese momento es la salud, la incapacidad, la enfermedad del trabajador y así comienza diciendo: "en caso de enfermedad las personas cubiertas por el Seguro Social ya vimos que de conformidad con el Art. 3 de la Ley del Seguro Social su regimen es aplicable a los trabajadores, de manera que las personas cubiertas por el Seguro son los trabajadores tendrán derecho, dentro de las limitaciones que establezcan los reglamentos respectivos, a recibir servicios médicos, quirúrgicos, odontológicos, hospitalarios y de laboratorio y los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios". Es decir, pues, la posición, la política o filosofía del regimen del Seguro Social, es hasta cierto punto, más humana, más moral que la establecida en el Código de Trabajo.

Es ésta la primera diferencia entre las políticas que siguen uno y otro estatuto. Más adelante, en el inciso 3o. del mismo Art. 48 se establece que, cuando una enfermedad produzca una incapacidad temporal para el trabajador, los asegurados tendrán además derecho a un subsidio en dinero; o sea que las prestaciones cambian totalmente; por un lado el regimen del Código dando sólo prestaciones de tipo económico, de una manera bien limitada, a personas que pertenecen a determinada categoría; en cambio, en el regimen de seguridad social de nuestro país no encontramos éso sino prestaciones para que el trabajador recobre su salud y subsidios en dinero para que pueda subsidiar las necesidades básicas de su hogar mientras está incapacitado.

Comentario del Art. 308 del Código de Trabajo.

Señala que cuando el trabajador sufriera una enfermedad que fuera imputable a culpa o mala conducta, tendrá que devolverle a su patrono las cantidades que éste le hubiere pagado con objeto de subsidio. Esto está bien luego, porque si una persona sufre una enfermedad, incapacidad o accidente por su propia culpa o malicia está bien que responda él mismo, no el patrono. Pero sin embargo, aún en este campo, aún estas circunstancias, sigue siendo todavía la política de seguridad social más amplia; y aún cuando se reconoce que ha habido mala conducta o malicia para adquirir la enfermedad que presenta, en el regimen de seguridad social solamente se le priva de los subsidios y se mantienen las prestaciones por enfermedad. Dirán ustedes que el patrono no puede responder por una simple enfermedad del trabajador y que está bien que le pague el salario por un día, pero que no le puede pagar más. En eso estamos de acuerdo. En lo que si no estoy de acuerdo es en que se siga manteniendo este sistema en perjuicio de muchos trabajadores, teniendo otro regimen de mejor categoría y filosofía con una política mejor orientada.

b) Prestaciones por maternidad.

Forma en que regula el Código de Trabajo

Art. 309 "El patrono está obligado a dar a la trabajadora embarazada, en concepto de descanso por maternidad de doce semanas de licencia, seis 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".

Art. 310 "Para que la trabajadora goce de la licencia establecida en el artículo anterior, será suficiente presentar al patrono una constancia médica expedida en papel simple, en la que se determine el estado de embarazo de la trabajadora, indicando la fecha probable del parto".

Art. 311 "Para que la trabajadora tenga derecho a la prestación económica establecida en este Capítulo, será requisito indispensable que haya trabajado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la fecha probable del parto; pero en todo caso tendrá derecho a la licencia establecida en el Art. 309".

Art. 312 "Si transcurrido el período de licencia por maternidad, la trabajadora comprobare con certificación médica que no se encuentra en condiciones de volver al trabajo, continuará suspendido el contrato por la causal 4a. del Art. 36, por el tiempo necesario para su restablecimiento, quedando obligado el patrono a pagarle las prestaciones por enfermedad y a conservar su empleo".

Forma en que regula la Ley del Seguro Social

De los beneficios por maternidad

Art. 59 "En caso de maternidad, la trabajadora asegurada tendrá derecho, en la forma y por el tiempo que establezcan los reglamentos, a los siguientes beneficios:

- a - Servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, odontológicos, hospitalarios y de laboratorio, en la medida que se hagan indispensables, y a los cuidados necesarios durante el embarazo, el parto y el puerperio;
- b - Los beneficios señalados en la Sección Primera de este capítulo cuando a raíz de la maternidad se produzca enfermedad. Si la asegurada falleciere, sus deudos tendrán derecho a la ayuda establecida en el Art. 66;
- c - Que se extienda un certificado médico para los efectos de la licencia que debe concedérsele de conformidad con el Código de Trabajo.
- ch -- Un subsidio en dinero, calculado de conformidad al Art. 48 de esta Ley a condición de que la asegurada no efectúe trabajo remunerado durante el tiempo que reciba dicho subsidio. En ningún caso tendrán derecho a recibir subsidios acumulados por concepto de enfermedad y de maternidad.
- d - Una ayuda para la lactancia, en especie o en dinero, cuando la madre está imposibilitada, según dictamen de los médicos del Instituto, para alimentar debidamente a su hijo.
- e - Un conjunto de ropa y utensilios para el recién nacido, que se denominará "canastilla maternal".

Art. 60 "El asegurado que fuere varón, tendrá derecho a que su esposa, o compañera de vida si no fuere casado, reciba los beneficios establecidos en los literales a), b), d) y e) del artículo anterior".

Esta prestación se encuentra su fundamento en el Art. 183 de la Constitución Política que dice:

Art. 183. "La mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo.

Las leyes regularán la obligación de los patronos de instalar y mantener sala cuna y lugares de custodia para niños de los trabajadores".

c) Ayuda en caso de muerte del trabajador

Forma en que regula nuestro Código de Trabajo Art. 313

Art. 313. "En caso de muerte del trabajador, el patrono queda obligado a entregar inmediatamente a las personas que dependían económicamente de aquel, prefiriéndolas por el orden en que las hubiere enumerado en su contrato, o en su defecto, en cualquier registro de la empresa, y para que se invierta especialmente en el sepelio del trabajador, una cantidad equivalente a sesenta días de salario básico; pero en ningún caso la prestación aludida podrá ser inferior a doscientos cincuenta colones.

El patrono no podrá entregar la mencionada cantidad a persona distinta de aquélla a quien le correspondiere de acuerdo con el contrato o registro, si no cuando ésta fuere incapaz, pues en tal caso deberá entregarla a su representante legal y a falta de éste, a la persona que siguiere en el orden de la enumeración.

Durante la vigencia del contrato, el trabajador podrá alterar el orden establecido inicialmente o designar personas distintas de las anteriormente de él o --

cuando no existiere el correspondiente contrato escrito, o el mencionado registro, el patrono dará cumplimiento a la obligación preceptuada en el inciso primero, entregando la cantidad de dinero arriba mencionada a los parientes más inmediatos del trabajador. Caso que el trabajador no tuviere parientes el patrono quedará obligado a hacer los gastos que ocasionen los funerales del trabajador, justificado ante el Juez de Trabajo con los recibos correspondientes a los pagos que hubiere realizado.

Forma en que regula la Ley del Seguro Social

De los beneficios por muerte

- Art. 66.- "El fallecimiento del asegurado o pensionada causará derecho a una cuota única para gastos de sepelio, que el Instituto entregará a sus deudos o a quien hubiere costeadado los funerales".
- Art. 67.- "El fallecimiento del trabajador asegurado o pensionado causará derecho a pensión de sobrevivientes para las personas que dependían económicamente de él. Las normas para el otorgamiento de tales pensiones, requisitos para que haya lugar el derecho, el cálculo y fijación del monto y modalidades de su otorgamiento, deberán determinarse en los reglamentos respectivos".
- Art. 68.- "Siendo varios los beneficiarios de pensiones por causa de muerte, y concurriendo en algunos de ellos las circunstancias que, de acuerdo con los Reglamentos suspenderán el derecho a la pensión, la cuota que pudiera co-

rresponderles en la misma acrecerá a las de los demás en la cuantía y circunstancias que establezcan dichos reglamentos".

Art. 69. "Los reglamentos determinarán la forma, el monto, el principio de pago y la duración de los beneficios otorgados en esta Sección."

Prestaciones pecuniarias y en especie en caso de enfermedad, accidente común y maternidad que nos señala el Reglamento para la aplicación del Regimen del Seguro Social

Art. 23. "Las prestaciones pecuniarias procederán en todo caso cuando se trate de un asegurado que no esté cesante: Si lo estuviere deberá acreditar, por lo menos, ocho semanas aseguradas en el transcurso de los últimos tres meses calendario anteriores a la demanda correspondiente".

Art. 24.- "Cuando la enfermedad ocasione incapacidad para el trabajo el asegurado tendrá derecho a percibir un subsidio diario de incapacidad temporal a partir del cuarto día, inclusive, de estar incapacitado para el trabajo, según certificación de los médicos del Instituto o de los autorizados por éste.

El derecho al subsidio se extenderá hasta que el asegurado, igualmente a juicio de los médicos del Instituto o de las autorizados por éste, recobre la capacidad de trabajo o a lo más hasta 52 semanas por la misma enfermedad".

Art. 25.- "Habrà derecho a las prestaciones pecuniarias de maternidad, siempre que la asegurada acreciente 12 semanas "

aseguradas en el transcurso de los doce meses calendario anteriores al mes en que se presume ocurrirá el parto".

Art.26. "El subsidio de maternidad que dispone el Art. 59 letra ch) de la Ley, se otorgará durante un período de 12 semanas, dentro del cual debe estar comprendida la fecha del parto".

Art. 27. "El subsidio diario de enfermedad se otorgará en los siguientes plazos y cuantías:

- a) Durante los primeros 60 días, el 75% del salario medio de base; y
- b) En adelante y hasta 52 semanas, el 60% del salario medio de base.

Se entiende por salario medio de base, la cantidad que resulte de dividir entre 90 el monto de las remuneraciones del trabajador afectas al Seguro en los primeros tres meses calendario de los cuatro anteriores al mes en que comenzó la incapacidad, de conformidad con el certificado médico respectivo.

Cuando el trabajador incapacitado sólo tuviere remuneraciones afectas al Seguro en uno o dos meses calendario de los tres primeros indicados en el inciso anterior, serán éstas las que se tomarán en cuenta para efectuar el cálculo, dividiéndolas entre 30 o 60 según el caso.

Si el trabajador incapacitado sólo tuviere remuneraciones afectas al seguro en el mes calendario anterior al de la incapacidad, se dividirán entre 30 dichas remuneraciones para efectuar el cálculo.

Siempre que el trabajador haya estado incapacitado du-

rante períodos comprendidos en los meses que deban tomarse en cuenta para efectos de cálculo se sumarán a las remuneraciones afectas al seguro los salarios base de los subsidios correspondientes a dichos períodos de incapacidad.

En los casos no comprendidos en los incisos anteriores al salario medio de base será la remuneración diaria contractual, o, en su defecto, la remuneración diaria que ganaren los trabajadores que ejecutan labores análogas o similares en la misma empresa o la que ganaren los trabajadores en otras empresas en labores también análogas o similares".

Art.28. "El subsidio diario de maternidad será igual al 75% del salario medio de base de la asegurada".

Art.29. "Durante la hospitalización, el subsidio diario de enfermedad se disminuirá en un 50%, si se tratare de un asegurado que no tuviese personas que dependan económicamente de él.

En ningún caso el subsidio diario de enfermedad podrá ser menor de un colón".

Art.30. "La ayuda para la lactancia a que se refiere el literal d) del Art. 59 de la Ley del Seguro Social se dará en especie, en la cantidad y calidad que los médicos del Instituto determinen en cada caso, por un término de doce semanas que se contará a partir de la fecha fijada por los mismos para la primera entrega.

La ayuda para la lactancia podrá suspenderse cuando se compruebe que el producto se utiliza para otros fines dis-

tintos de la alimentación del infante, y no podrá demandarse cuando hayan transcurrido veinte semanas contadas desde el día siguiente a la fecha del parto.

El conjunto de ropa y utensilios que constituye la canastilla maternal a que se refiere el literal e) del Art. 59 citado será determinado periódicamente por el Consejo Directivo del Instituto.

Tanto la ayuda para la licencia como la Canastilla maternal se dará a las aseguradas y beneficiarias, siempre que se acredite por aquéllas o por el cónyuge o compañero de vida de éstas, 12 semanas aseguradas en el transcurso de los doce meses calendario anteriores al parto".

7 - RIESGOS PROFESIONALES

En relación a los riesgos profesionales, es el título tercero del Libro Tercero, el que hace referencia sobre el tema. En el régimen del Seguro Social los Arts. 53 hasta el 58 regulan esta materia del riesgo profesional. Veremos en una forma comparativa, cómo es que uno y otro estatuto explican esas instituciones.

El Código comienza dando una definición de los que son los riesgos profesionales y como tales señala el accidente de trabajo y las enfermedades profesionales. Surge la pregunta si éstos son los únicos riesgos profesionales que se dan. En el régimen del Seguro hay un riesgo profesional más que es el de la cesantía involuntaria para el trabajador, como riesgo suyo, propio de él, es el de quedar cesante en un determinado momento, ya sea por despido o por otra causa. De manera que ya tenemos una nueva forma de cómo el régimen de seguridad social tiene mejor concebido lo que

es el riesgo profesional en relación a los trabajadores. Así el Art. 2 de la Ley dice: el Seguro Social cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de: g) cesantía involuntaria. Es un riesgo evidentemente profesional porque sólo puede sufrirlo una persona que esté al servicio de un patrono; nadie que no esté trabajando puede quedar cesante.

De tal manera que el Código, al hacer su clasificación, la hace de una manera limitada y dice: "se entiende por riesgos profesionales los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores a causa, con ocasión o por motivo del trabajo.

Veamos a qué se refiere causa, ocasión o motivo; tiene su base esta fórmula amplia en la Ley del Seguro Social Español que emplea también la misma, con el objeto de que todo accidente que tenga, de una manera directa o indirecta, relación con el trabajo, quede englobado en una fórmula legal, con el objeto de proteger a los trabajadores; éso indica o es significativo de una intención o deseo del legislador de proteger, en lo posible, a los trabajadores que por alguna causa u ocasión del trabajo, sufran algún riesgo profesional.

a - El accidente de trabajo

Con relación al accidente de trabajo, el Doctor Solano nos dice: "Dice el Art. 317 que accidente de trabajo es toda lesión orgánica; gramaticalmente éste sería un grave error porque no se puede establecer como sinónimo accidente y lesión. En el régimen del Seguro Social no aparece el concepto de riesgo profesional; y no aparece de una manera intencional porque en los regímenes de -

seguridad social, a medida que el tiempo pasa, no le interesan - las causas por las cuales un trabajador presenta una incapacidad sino reparar el daño que ha sufrido y dar las prestaciones de tipo económico que necesita a causa de su incapacidad para el trabajo. No lo dice tampoco la Ley del Seguro Social, porque estos criterios o conceptos cambian con mucha frecuencia; y entonces lo dejó a los reglamentos el que regulen esta materia.

Existe un reglamento de menor jerarquía formal; el reglamento de Evaluación de incapacidades por Riesgos Profesionales, que lo da el Consejo Directivo del Instituto, en el que aparecen los conceptos o lo que se entiende por accidente de Trabajo o por enfermedad profesional. Por qué? Porque se considera que el legislador o las leyes en realidad tardan mucho en ser modificadas, reformadas; y estos conceptos están variando constantemente debido a las frecuentes reuniones de los organismos internacionales, principalmente los de seguridad social, de donde surgen nuevos conceptos e ideas, por lo que los regímenes de seguro dejan la posibilidad de que sean los reglamentos quienes definan estas instituciones.

Sin embargo, podríamos considerar que la definición dada por el Art. 317 del Código, a pesar de esa incongruencia de tipo gramatical que tiene, es bastante completa, ya que en ella se encuentran tres elementos básicos:

- 1o.) De que todo accidente de trabajo significa lesión, perturbación funcional o muerte.
- 2o.) El de ser trabajador por cuenta ajena; es decir, un trabajador presta sus servicios a un patrono y éste le paga en razón de ese servicio - un trabajador independiente, para el caso, no sería sujeto de accidente de trabajo. -

Para algunos trabajadores no se ha decidido todavía claramente su incorporación al régimen del Derecho del Trabajo. Algunas de esas categorías fueron consideradas por el Dr. Jorge Eduardo Tenorio en una disertación suya. Entonces ese segundo elemento es el de ser trabajador por cuenta ajena.

- 30.) Hay un nexo causal entre el trabajo que ejecuta la víctima y la lesión que sufre en un determinado momento; o sea que existen tres elementos en esta definición: la lesión, el nexo causal y el trabajador; dice la disposición que la lesión debe ser por causa, ocasión o motivo del trabajo, repite la fórmula amplia que dió en la definición de riesgo profesional en el Art. 316. Pero en la segunda parte de la definición, el Art. 317 dice algo que no es cierto o por lo menos que no siempre es cierto: que dicha lesión, perturbación o muerte - o consecuencia del accidente debe ser producida por la acción - repentina o violenta de una causa exterior o del esfuerzo realizado. La doctrina española, principalmente, recoge algunos casos en los cuales los trabajadores sufren accidentes de trabajo y no precisamente por causas repentinamente o violentas, tal es el caso de aquellos trabajadores que presentan un cuadro de enfermedad común, reumatismo por ejemplo, debido a que permanecen por algún tiempo en lugares húmedos o fríos. No se trata de una enfermedad profesional, porque no resulta de la acción mantenida o repetida de un hecho que provenga directamente de la clase de trabajo, sino por haber estado algún tiempo

po en lugares húmedos o fríos. Otro ejemplo sería el del trabajador que labora en una cámara frigorífica y en un momento dado sufre de ataque de pulmonía; la relación causal allí es el frío de la cámara. La causa repentina o violenta no se advierte claramente. Por qué se mantiene esta definición? por qué seguir el curso histórico del establecimiento de esta institución? porque el accidente de trabajo nació como riesgo precisamente cuando la máquina sustituyó al hombre y, en consecuencia, las posibilidades de riesgo aumentaron con la acción violenta, exterior, repentina fortuita, que constituye una máquina funcionando; ésto es lo que podríamos considerar el resabio histórico que aparece todavía -- consagrado en estas definiciones.

El Código amplía el campo del riesgo profesional al establecer las presunciones de los números 1, 2, 3 y 4 del Art. 317; estas presunciones no aparecían en el Código anterior, sino otra definición, que era la del Art. 317, y no tenía las presunciones establecidas en este artículo.

El número uno es una presunción de derecho, una presunción -- que no admite prueba en contrario; y así tiene que ser porque el "accidente" es la lesión que sufre el trabajador cuando su patrón no lo destina a hacer algo. Podría ser que no tenga nada que ver con las labores normales de la empresa, y misma ley lo tiene previsto; fuera del lugar y horas de trabajo el trabajador está cumpliendo con el mandato del patrono, con una orden suya, y consecuentemente se presume que existe riesgo profesional, se considera que es accidente porque ya no encaja exactamente, aún con la amplitud de la fórmula legal en el Art. 317, por éso es que se -- considera una presunción, pero de tal naturaleza no lo dice nues-

tro Código pero así debe entenderse que es una presunción que no admite prueba en contrario; si el patrono manda a su trabajador, fuera de las horas de trabajo y fuera de la sede de la empresa, tiene que responder por el riesgo porque el trabajador cumplía sus órdenes.

El número 2 del Art. 317 es también una presunción, pero ésta admitiría prueba en contrario; se ha mantenido por mucho tiempo en la doctrina española que todo accidente que ocurre en el lugar de la empresa o en horas laborales es un accidente de trabajo. Por el hecho de estar en la empresa y en el curso normal de las labores se considera que es un accidente de trabajo; pero podría ser que la causa, ocasión o el motivo, por más que el trabajador lo sufra en la empresa y en horas laborales, no sea un accidente de trabajo. Por esta razón, en este caso, es posible la prueba en contrario.

La tercera presunción que establece la ley en una forma bastante amplia es la que sintéticamente se conoce como accidente de trabajo derivado de un tercero. La ley dice a consecuencia de un delito o falta imputable a un compañero de trabajo o al patrono o a un tercero extraño; el compañero de trabajo también es un tercero, quien no es un tercero es el patrono. Y cuando dice la fórmula a un tercero se está refiriendo a personas extrañas a la explotación. Ejemplificaremos sobre cómo funciona esta presunción: Veamos el caso de un delito imputable al patrón, homicidio o lesiones causadas por imprudencia o por malicia del patrono. En este caso caben las dos posibilidades: de que el patrono dolosamente le causa lesiones o la muerte al trabajador, imponiendo entonces el Código la obligación de que se repare como riesgo pro

fesional. Pero también puede ocurrir que sea consecuencia de negligencia o imprudencia patronal; en esta caso el patrono mande a revisar sus máquinas o que no ha cumplido las obligaciones que se señalaron en el Art. 314 del mismo Código. Y aquí es donde prácticamente estaría comprendido este segundo ejemplo del número 3 del Art. 317, cuando el patrono no cumplió con las obligaciones que le impone la ley para la seguridad de los trabajadores; en estos casos se reputa como accidente de trabajo y, en consecuencia, el patrono es responsable de dicho accidente. Si el accidente es a causa de un tercero, compañero de trabajo, una persona que está dentro, otro trabajador de la empresa, y debido a una imprudencia profesional de este tercero el trabajador presenta una lesión se considera como accidente de trabajo.

En las lesiones u homicidio internacional de un tercero, compañero de trabajo, hay que someterse a la prueba contraria; en el caso de un delito imputable a un trabajador, compañero del accidentado, si hay elemento o motivaciones extrañas al trabajo no puede reputarse como accidente de trabajo. Es cuestión de analizar el caso concreto y decidir si se trata de un accidente de trabajo o no.

Pueden presentarse dos situaciones en las lesiones u homicidios imputable a un tercer compañero de trabajo de la víctima; primero, que el hecho delictivo doloso sea con motivo del trabajo, aunque éste en sí no haya causado la lesión que el trabajador presenta; segundo, que haya sido por motivo o motivaciones de las labores que se están desarrollando que el tercero le ocasiona dolosamente la lesión. Considero que si se llegara a determinar que no existe ninguna relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que presenta el trabajador, debe quedar el patrono exento de responsabilidad.

Por último tendríamos el caso de un tercero extraño a la explotación; es decir un tercero que no tiene nada que ver con la explotación. Por ejemplo las lesiones u homicidio en un vigilante de la empresa; éste será un caso típico de lesiones u homicidio doloso que debe entenderse como accidente de trabajo.

La presunción establecida en el número 4 del Art. 317 es la consagración de lo que se llama accidente "in itinere", que es el que sufre un trabajador cuando va de su casa al trabajo o viceversa; la doctrina y ahora nuestro Código han considerado que debe catalogarse como accidente de trabajo.

Vamos a considerar el caso de un trabajador que resulte con lesiones o muerte a causa de un accidente de tránsito, aquí estaríamos en presencia del hecho de un tercero que, por imprudencia o negligencia, ocasiona lesiones a este trabajador. Pero puede darse el caso de que un trabajador sufra un accidente de trabajo de una manera dolosa por el hecho de un tercero y trasladándose de su casa al trabajo o viceversa, tal será el caso del trabajador que lo asaltan para despojarlo de sus pertenencias y le ocasionan una lesión o lo matan, éste sería también un caso típico de accidente de trabajo.

Sin embargo, esta disposición contiene algunas limitaciones, es decir tiene su configuración y adecuación especial porque si no en todos los casos de accidente cuando se va del trabajo a la casa o domicilio o viceversa podría alegarse la existencia de un accidente de trabajo y demandar al patrono o al Seguro, en el caso de que sea portegido por esta Institución, y exigir reparación.

El Código establece las siguientes limitaciones: en el trayecto, durante el tiempo y por medio de transporte razonable. Son ...

tres limitaciones bien explicables en este tipo de accidentes; para el caso un trabajador que vive en Mejicanos -Rumbo Norte, 4 Kms. de San Salvador- y trabaja en el centro de la ciudad capital, el trayecto normal de este trabajador para trasladarse a su casa sería el que siguen las rutas de buses, taxis o demás personas, pero si el trabajador decide variar totalmente dicho trayecto regular, prácticamente el nexo causal se ha roto y entonces no se configura el accidente de amino que tiene consagrado nuestro Código.

También la ley exige un tiempo razonable; es decir, si por ejemplo el trabajador sale a las seis de la tarde el Juez tendrá que considerar cuál es el tiempo que normalmente puede tardarse en el traslado del trabajo a su casa y viceversa; supongamos que son 45 minutos o una hora lo que pudiera considerarse como tiempo normal, si una persona tarda 4 horas en llegar a su casa no está en el tiempo normal o razonable. En el Seguro Social, única Institución donde el riesgo profesional se vive en todos los alcances, se han dado casos de accidentes de camino; tal es el caso de un motorista de un bus que después de guardarlo, para retirarse a su casa, el medio que utilizaba era su propia motocicleta medio de transporte razonable para ese fin y le sucedió el accidente a las 11 y su tanda de trabajo finalizaba a las 10½. Se puede apreciar que tanto el medio de transporte, el tiempo y el trayecto eran razonables.

En la doctrina española hay algunos ejemplos, casos de ampliación de estos conceptos: Un trabajador sale a las seis de la tarde de su trabajo, y se toma unos minutos para disfrutar de un refresco o visitar a un familiar, dirigiéndose posteriormente a su

casa; prácticamente había una solución de continuidad en el trayecto, sin embargo la doctrina española ha considerado que el trabajador tiene derecho a tomarse ese refresco o por cuestiones afectivas, decide visitar a un familiar y obliga a la reparación por considerar razonable esas situaciones.

Tenemos también el caso de los trabajadores que al salir de su jornada, en lugar de irse directamente a su casa, aprovechan esas horas para pasar consulta en los dispensarios del Seguro Social; en este caso se considera que tanto el trayecto como el tiempo son normales y, en consecuencia, estará dentro de las regulaciones del numeral 4 de este artículo.

No establece todavía nuestro Código la posición que quedaría un directivo sindical que, en el ejercicio de sus funciones, sufre un accidente. Estaría dentro de las regulaciones de accidente de trabajo o no? Si las presunciones han llegado a este punto nuestro Código se ha modernizado en ese aspecto; es posible que ante una reforma del Código tenga que considerarse también que los directivos sindicales en el ejercicio de sus funciones son sujetos de riesgo profesional, pues en caso contrario están descubiertos en ese campo.

Otro caso que considera la doctrina es el de los trabajadores migrantes, es decir el trabajador que por razones de empleo tiene que salir del país o estado, y se dirige a otro a ejecutar labores de la empresa; en este caso, aunque se considera que las legislaciones son aplicables territorialmente, la doctrina considera que debe extenderse también a vía de presunciones la existencia de accidentes de trabajo.

Art. 318. "Trae una disposición de alguna importancia, que en -- nuestro país no reviste mayor importancia dado que acá no se dan los accidentes de trabajo con frecuencia, ni en el Seguro Social que tiene 120.000 trabajadores incluidos y que se ha recogido alguna experiencia en ese campo. El Art. 318 señala el caso del daño que sufre -- el trabajador en sus miembros artificiales -aparatos de ortopedia o de prótesis- que usa a consecuencia de un -- accidente anterior. El daño que sufra en esos miembros, a causa del trabajo que está verificando en el momento dado, se considera como accidente de trabajo. No coincide lo establecido en el Art. 318 con lo del Art. 316, -- porque de lo que es daño en los miembros artificiales; de manera que, aunque se enmarca en el concepto del Art. 316, se entenderá comprendido en la definición de accidente de trabajo todo daño que el trabajador sufra en -- las mismas circunstancias, en sus miembros artificiales".

(6).

b) - Enfermedad profesional

El profesional antes mencionado a este respecto tiene la opinión siguiente: "El Art. 319 define lo que es la enfermedad profesional, y el Código revasó las probabilidades físicas de que un -- trabajador nuestro pueda contraer una enfermedad adoptándose una lista de enfermedades profesionales recomendada por algún organismo internacional.

Estas cuestiones más bien son de carácter médico, en la cual los abogados no tenemos mayor información, sin embargo, el legislador creyó conveniente ponerlos acá de una manera antitécnica a

a mi juicio. Cómo ve el Seguro Social esta cuestión de las enfermedades profesionales?. El Seguro Social no tiene ninguna lista de ellas y no la necesita que se encarga de determinar si aquella enfermedad que presenta el trabajador es una enfermedad profesional o no. Yo creo que va a pasar mucho tiempo y los jueces de trabajo nunca se van a ver precisados a aplicar ésto y cuando así sea les va a costar mucho y afrontarán grandes problemas en el momento de la evaluación de esas enfermedades; es una tarea muy difícil, inclusive los médicos especialistas en evaluación de incapacidad o riesgos profesionales, se ven en dificultades para determinar cuál es una enfermedad profesional y cuál no. Tuve la oportunidad de ver con los médicos del Seguro un caso de enfermedad profesional que vino a resultar 15 años después, los médicos patólogos consideraron que aquella enfermedad, una afección pulmonar, sólo era posible que hubiera adquirido una persona que trabajaba con productos que ocasionen esa enfermedad; la persona falleció 15 años después que había roto su relación con la empresa donde adquirió esa enfermedad." (7)

8 - LAS INCAPACIDADES POR RIESGO PROFESIONAL

El Doctor Solano afirma lo siguiente: "El análisis de la Tabla de Evaluación de incapacidades por riesgos profesionales es otro aspecto técnico, médico, elevado a la categoría de Ley.

Aún los médicos dudan mucho, dudan razonablemente desde luego, al aplicar algunas de estas incapacidades que aparecen en esta tabla lo que dicho sea de paso tiene equivocaciones, precisamente por ser de carácter tan especial y el legislador no puede tener ni la menor noción posible. La tabla del Código contiene algunos

errores. Véanse un par de ejemplos que aparecen sólo fueron unas letras las que se cambiaron, pero el significado cambia totalmente. Si vemos los numerales 100 y 101 del Código, encontramos dos errores que perjudicarían al trabajador que estuviera bajo la dependencia de este Código.

En el número 100 y 101 de este Código, me estoy refiriendo al Art. 329, con todos los numerales que señala la table, ahí habla de "hueso" es decir del trabajador que recibe una lesión en el "hueso". Nuestra elemental anatomía, nos dice que no existe eso, que lo que existe es el "huevo", será un ligero error de la ley, podrían considerar ustedes, pero qué pasa al trabajador que se encuentra en tal situación?

El número 140 y 141 contiene dos errores aunque sea cuestión de cambio de una letra: cuando los trabajadores sufren lesiones en el cráneo; esto es más grave todavía porque son incapacidades bien importantes las que pueden sufrir un trabajador, que pueden llegar al 80% y 60% según los casos, siendo ya casi incapacidades totales y el Código tranquilamente dice que cuando se produce una "menoplejía" completa del miembro superior, eso no existe lo que existe es monoplejía. Será esto un error evidente de la ley? (Art. 58 ch), estos errores de los numeros 100, 101, 140 y 141, son ley de República y para modificarlo, pues debe reformarse la ley. Se trata de una equivocación del legislador o de la imprenta, el Código anterior está correcto; esto sería un ejemplo para que podamos nosotros concluir que toda esta materia que el legislador la ha dejado en última instancia a los jueces para su aplicación, les está poniendo un verdadero problema de decisión.

En la parte social y en la parte económica, es decir el rendimiento socio-económico de este instrumento, se puede afirmar que tiene una aplicabilidad bien precaria, podría ser de aplicación para los sectores agrícolas y ni siquiera acá porque sabemos el sector agropecuario está totalmente marginado, y la legislación no es otra cosa más que un insulto a su esclavizada existencia". (8)

SITUACION ESPECIAL A LA QUE SE ENCUENTRAN SUJETOS LOS TRABAJADORES DOMESTICOS EN RELACION CON LA PREVISION Y SEGURIDAD SOCIAL

Para una mejor comprensión del problema que nos ocupa, considero indispensable saber en qué consiste la seguridad social, para poder determinar con precisión, a quiénes va dirigida, quién o quiénes tienen que ejecutarla y a quiénes favorece. Por considerarlo bastante completo repetiré el concepto ya citado y el cual nos dice que Seguridad Social "es el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad y en primer lugar, por el Estado para garantizar a todas las personas los cuidados médicos necesarios, así como los medios económicos de subsistencia en todos los casos de pérdida o reducción importante de sus ingresos causados por circunstancias no dependientes de su voluntad".

Del concepto antes mencionado se desprende de que todas las medidas que se adopten para desarrollar la previsión y seguridad social, deben ser realizadas por el Estado, a través de sus dependencias respectivas y por entes descentralizados, especializados en tal actividad, como lo es el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, las cuales deben de favorecer a todos los habitantes del país, sin hacer distinciones, en cuanto a su ocupación tal como lo

estatuye el considerando III de la Ley del Seguro Social, decretada mediante decreto # 1263 por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador y el cual reza así: "Que debe delimitarse con claridad en el campo de acción del Seguro Social, con la actividad que le corresponde desarrollar al Gobierno para realizar la seguridad social de todos los habitantes de la República, teniendo dicho considerando su fundamento en el inc. 1o. del Art. 186 de nuestra Constitución Política, que reza así: "La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará los alcances, extensión y forma en que debe ser puesta en riesgos". Así como las clases de riesgos a que están expuestos todos los trabajadores cubrirá; sobre este último el Art. 2o. de la Ley del Seguro Social nos señala todos los campos a cubrirse, y el cual reza así: "El Seguro Social cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de:

- a - Enfermedad accidente común;
- b - Accidente de trabajo, enfermedad profesional,
- c - Maternidad,
- d - Vejez,
- e - Muerte,
- f - Cesantía involuntaria.

Asimismo tendrán derecho a prestaciones por las causales a) y c) los beneficiarios de una pensión y los familiares de los asegurados y de los pensionados que dependen económicamente de éstos en la oportunidad, forma y condiciones que establezcan los reglamentos."

Inaplicabilidad del Régimen de Seguridad Social a los trabajadores domésticos.

No obstante que nuestra Constitución Política nos dice que "la seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio" y que el Art. 30. de la Ley del Seguro Social señala que el regimen de Seguridad Social se va a aplicar a todos los trabajadores"; los trabajadores domésticos se encuentran casi desamparados en cuanto a seguridad social se refiere, por cuanto la disposición legal últimamente citada, se encarga de decirnos que serán los reglamentos los que señalarán las épocas y oportunidades en que las distintas categorías de trabajadores entrarán al regimen del Seguro Social.

Nuestro Código de Trabajo, expresamente, no los excluye de las prestaciones por enfermedad y por maternidad, pero en el capítulo de los Riesgos Profesionales, en su Art. 320 letra b), los excluye de la posibilidad a la separación de tales riesgos que puedan sufrir, quedando en total desamparo de casi todos los riesgos que nos menciona el Art. 2 de la Ley del Seguro Social, tales como: accidente de trabajo: enfermedad profesional, invalidez, vejez, cesantía involuntaria; es por lo anterior que el doctor Mario Antonio Solano nos dice en la conferencia ya mencionada de que la excepción de que son objeto esta clase de trabajadores, el Código de trabajo la estableció de una manera disimulada, porque en el anterior Código, expresamente decía "No se aplica lo relativo a los riesgos profesionales a los trabajadores domésticos", pero el Código vigente, nos dice en el Art. 320 letra b) "a los trabajadores que prestan sus servicios a personas naturales en labores que por su propia naturaleza no les reporten lucro; o que fueren contratadas para laborar que no accedan de una semana ni requieran el empleo de más de cinco personas" y quiénes son estos trabajadores? Los trabajadores domésticos.

Por este tipo de discriminaciones que verifican los sistemas de seguridad social, es que se dice que son sectarios, es decir, totalmente ineficaces, lo cual espero se corrija con el tiempo, lo cual es de vital importancia, por cuanto los trabajadores desamparados son los más necesitados de este tipo de prestaciones.

BIBLIOGRAFIA DE LOS COMENTARIOS AL LIBRO TERCERO DEL CODIGO DE
TRABAJO

- 1 - Dr. Mario Antonio Solano Conferencia pronunciada durante el Seminario sobre Derecho Laboral y Código de Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Junio-Julio 1973. Publicado en la Revista de Derecho Pág. 162 y 163. No. 2.
- 2 - Idéntico Obra citada, Pág. 163 a 165.
- 3 - Dr. Rubén Antonio Mejía Peña Conferencia pronunciada el 3 de Julio de 1973, durante el Seminario sobre Código de Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Publicado en la Revista de Derecho. Pág. 176 a 179 No. 2.
- 4 - Idéntico Obra citada, Pág. 179 a 187.
- 5 - Dr. Mario Antonio Solano Conferencia pronunciada durante el Seminario sobre Derecho Laboral y Código de Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Junio-Julio 1973. Publicado en la Revista de Derecho Pág. 167 a 169 No.2.
- 6 - Idéntico Obra citada, Pág. 169 a 173.
- 7 - Idéntico Obra citada, Pág. 174.
- 8 - Idéntico Obra citada, Pág. 174 a 175.

CAPITULO XXI

EXCLUSION LEGAL ACTUAL DEL REGIMEN DEL SEGURO SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS - REGLAMENTO ESPECIAL PARA LA APLICACION DEL REGIMEN DEL SEGURO SOCIAL A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

El Instituto Salvadoreño del Seguro Social ha realizado estudios para incorporar a los trabajadores domésticos a su regimen, pero no exactamente para el de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales, sino que para el regimen de invalidez, vejez y muerte, tomando en consideración de que estos trabajadores por regla general se encuentran en la zona metropolitana, en donde mal que bien, se les atiende en lo relativo a sus problemas de enfermedad, maternidad y riesgos en clínicas estatales. A raíz de lo anterior se ha considerado la probabilidad de proteger a estos trabajadores que han dedicado toda su vida al servicio doméstico, por medio de los regímenes de invalidez y muerte.

Asimismo la misión de asistencia técnica PNUD/OIT del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por intermedio de los señores Doctor Taufik Esmahan, Jefe del Departamento de Planificación, Julio E. Montoya, Jefe de Actuaciones y Estadística y Rogelio Miranda Sasso, Colaborador del Departamento primeramente mencionado, han realizado un estudio "sobre la inclusión de los trabajadores domésticos en el regimen del Seguro Social", el cual por considerarlo de suma importancia en el desarrollo de este punto de tesis, lo incluiré casi en su totalidad, pues aunque no tenga aún ingerencia, por cuanto no es más que un estudio como lo digo al principio, nos puede servir de base para que un día no muy lejano, pueda convertirse en una realidad.

I N T R O D U C C I O N

"En los inicios de un Regimen de Seguro Social generalmente se excluyen ciertas categorías de trabajadores que ya sea desde el punto de vista financiero o del administrativo, presentan serias dificultades para su incorporación. Tal caso ha ocurrido en nuestro país, en donde aplicando el método de la extensión progresiva, inicialmente han quedado fuera de la cobertura las categorías que se citarán más adelante. Pero ese método implica una dinámica bien definida en cuanto a programar las extensiones hasta llevar a la universalización de la cobertura, de manera que, cumplida una etapa, es doctrinariamente obligatoria implementar la siguiente. Eludir esta obligación, es utilizar un instrumento técnico de política social para encubrir una situación de injusticia y dejar incumplida la voluntad del legislador.

El método de la extensión progresiva parte del hecho de que existan cuatro áreas o etapas en las cuales la cobertura puede ser parcial o total, ellas son: la geográfica, los riesgos, las categorías laborales, y el ámbito familiar protegido.

En el presente estudio se fundamenta la incorporación de los trabajadores domésticos a nivel nacional al Regimen General del ISSS como una etapa más del referido proceso de extensión progresiva después de haberse cumplido las dos primeras etapas señaladas: la geográfica y la ampliación de la cobertura a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

2.- Antecedentes

En el "Primer Congreso Nacional de Seguridad Social" celebrado en el país en Diciembre de 1967, se hicieron importantes recomendaciones encaminadas a lograr a través del Regimen del Seguro Social vigente, una mayor contribución al bienestar de la población salvadoreña. Entre esas recomendaciones se encuentra la siguiente: "Adoptar como postulado rector de los Programas de Política de Seguridad Social, el principio de solidaridad entre los diferentes sectores de la población". La anterior recomendación está revestida de la mayor importancia, por su contenido doctrinario, económico y social y porque representa las aspiraciones de los sectores que estuvieron representados en el Congreso, Estado, Patronos y Trabajadores.

Fué en atención a las recomendaciones del Congreso y en especial a la transcrita anteriormente, que en el primer Plan Quinquenal del Instituto (1968-1972), presentado al Consejo Nacional de Planificación y Coordinación Económica para su integración al Plan General de la Nación, se incluyó la incorporación de los trabajadores domésticos, al Regimen del Seguro Social, para el año de 1972.

Es conveniente mencionar, que al cubrirse en 1969 los riesgos de invalidez, vejez y muerte, se trató de incluir en esta cobertura a los trabajadores domésticos, plasmándolo en el Proyecto de Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte.

En esa ocasión faltó la decisión gubernamental, y al aprobarse el citado Reglamento, los trabajadores domésticos quedaron excluidos del Régimen de Riesgos Diferidos, así como ya lo estaban del Regimen de Salud.

También es importante señalar, que para 1972, no fue posible la cobertura de los trabajadores domésticos, tal como se había previsto en el Primer Plan Quinquenal citado, no obstante que el Instituto contaba con los estudios técnico-financieros correspondientes, fundamentalmente por no disponerse aún de la decisión política requerida del Sector Gubernamental y también porque la capacidad de atención en consulta externa en las ciudades principales, estaba excedida y el programa de construcción de consultorios periféricos se encontraba retrasado.

Es por las razones anteriores, que en el nuevo Plan Quinquenal del Instituto (1973-1977), se ha incluido la incorporación de los trabajadores domésticos, para el año de 1975.

3 - Exclusión legal actual del Regimen del Seguro Social, de los trabajadores domésticos.

De acuerdo con el Art. 3 de la Ley del Seguro Social, el Regimen del Seguro Social obligatorio se aplicará originalmente a todos los trabajadores que dependan de un patrono, sea cual fuere el tipo de relación laboral que los vincule y la forma en que se haya establecido la remuneración. Sin embargo, de conformidad con ese mismo artículo, será por medio de los Reglamentos correspondientes que se determinará en cada oportunidad, la época en que las diferentes clases de trabajadores se irán incorporando al Regimen. (Extensión progresiva).

Según el Art. 1 del Reglamento para la Aplicación del Regimen del Seguro Social, están sujetos al Regimen, en general, los trabajadores que prestan servicios remunerados en los lugares de trabajo situado en cualquiera de los Municipios de la República. No

obstante, de acuerdo con el Artículo 2 del mismo Reglamento, el Regimen no será aún aplicable a los trabajadores al servicio del Estado, de los Municipios y de las Entidades Autónomas, con algunas excepciones; a los trabajadores domésticos; a los trabajadores que sólo eventualmente trabajan para un patrono; y a los trabajadores agrícolas. Corresponde señalar que los trabajadores que ganan más de \$700.00 mensuales de salario ordinario al servicio de un solo patrono, están excluidos del Seguro por enfermedad, pero incluidos en el seguro de pensiones por invalidez, vejez y muerte.

Los criterios que se han aplicado en las decisiones sobre incorporación de nuevos sectores de trabajadores han estado frecuentemente influenciados por la capacidad de autofinanciamiento del respectivo sector.

En ese orden de ideas, cabe señalar que, del trabajo presentado en el mes de marzo de 1968 por la Misión Técnica de la O.I.T. en el Instituto, intitulado "Estudio de las Proyecciones Demográficas y Financieras de un Modelo de Programa de Extensiones del Seguro Social", se desprende:

a) Que por constituir los trabajadores domésticos un sector de población cuyos ingresos son bajos, su salario medio cotizante tendría esa característica, siendo en consecuencia la cotización que generara, bastante inferior al costo medio por asegurado en el Regimen de Salud.

b) El bajo ingreso salarial de estos trabajadores determinaría en la inmensa mayoría de los casos, la aplicación automática del salario mínimo que establece el Art. 3 del Reglamento de Apli

cación, para los efectos de cotizaciones y otorgamiento de prestaciones. A la fecha del estudio referido, ese salario presunto era de \$60.00 mensuales; en la actualidad y desde Mayo de 1973, es de \$85.00 mensuales. No obstante que este aumento ha mejorado apreciablemente el nivel de las cotizaciones mínimas que deben aportarse, de todas maneras el seguro de enfermedad para los trabajadores domésticos no sería autofinanciable y su incorporación a la cobertura implicaría la aplicación del principio de solidaridad social inherente a todo regimen de seguridad social.

c) Por las razones anteriores, en el documento mencionado se llegó a la conclusión, de que es indispensable contar también con los aportes regulares del Estado, para poder absorber sin contratiempos financieros a este Sector de población. Asimismo, la racionalización de los sistemas administrativo en general y la aplicación de sistemas especiales para la cobertura de estos trabajadores, contribuirían a bajar el costo medio por asegurado-año.

Las consideraciones anteriores han tenido, seguramente influencia dominante en la postergación de que es objeto este grupo laboral, que es el único del sector privado urbano que continúa marginado del Seguro Social.

4 - Justificación de la cobertura de los trabajadores domésticos

Desde el punto de vista doctrinario, la seguridad social encamina sus pasos a otorgar especialmente a los sectores de población mayoritaria y de bajos ingresos, una protección básica que les permite mantener su salud y la de su familia y sus ingresos económicos, cuando se incapacitan para trabajar y dejan de percibir salario.

La VIII Conferencia de los Estados de América miembros de la O.I.T. reunida en Ottawa en Septiembre de 1966, aprobó el llamado Programa de OTTAWA de Seguridad Social para las Américas, que por su precisión y claridad ha adquirido el carácter de resumen de la doctrina y de los objetivos y procedimientos de la Seguridad Social. En este Programa, el numeral 5 expresa:

"Debe procurarse que las personas comprendidas por la Ley en los Regímenes de Seguridad Social, lleguen a serlo realmente. Igualmente debe ampliarse el campo legal de aplicación de las personas protegidas, incluyendo categorías o grupos aún no comprendidos, tales como los trabajadores rurales, domésticos, a domicilio, etc., adaptando eventualmente el sistema de cotizaciones y de prestaciones a las características de tales categorías."

En nuestro país, los trabajadores domésticos constituyen un apreciable contingente de población de escasos ingresos económicos, y con una protección social sumamente limitada. Se les aplica el Código de Trabajo así: Por enfermedad, el patrono está obligado a proporcionar únicamente un subsidio en dinero en casos de incapacidad para el trabajo, cuando el trabajador llena el requisito de tiempo de servicios de la manera que sigue:

75% de salario básico durante 60 días, cuando se ha servido un año o más.

75% de salario básico durante 40 días, cuando se ha servido entre 5 y 12 meses.

75% de salario básico durante 20 días, cuando se ha servido mas de 1 mes hasta 5.

Por maternidad, el patrono está obligado a proporcionar úni-

camente un subsidio en dinero, equivalente al 75% del salario medio de base durante 12 semanas, pero sólo cuando la trabajadora tiene 6 meses o más de estar a su servicio.

Por riesgos profesionales, los trabajadores domésticos no tienen derecho a prestación alguna, ocurriendo lo mismo por invalidez, vejez o muerte.

Se configura así un esquema legal de protección global muy modesto, a lo cual debe agregarse que en el hecho en la casi totalidad de los casos, la protección real es todavía muy inferior o nula. Existe consenso sobre las disposiciones anteriores habitualmente no se cumplen, muchas veces porque las ignoran, tanto los trabajadores como sus patronos.

La cobertura de los trabajadores domésticos vendrá a ser en consecuencia, un caso característico de cumplimiento de los objetivos del Seguro Social, al elevar su nivel de vida y al aplicar el principio de redistribución de los recursos de la Institución para proteger a los más necesitados. En el Instituto, el Honorable Consejo ha aprobado por unanimidad su incorporación al régimen a través de varias manifestaciones de voluntad; se pueden citar los acuerdos No. 2891 de 1968 y 1969. En el párrafo I.I. se señaló que el Plan Nacional de Desarrollo 1968-1972, fijó para 1972 la incorporación de los trabajadores domésticos (Sec. Segunda, IX Desarrollo Social, No. 3 Seg. Social, Pág. 130). En parte esos Acuerdos y Programas no se pudieron cumplir por carecerse aún de los Consultorios Periféricos y porque el excedente de financiamiento era reducido. A la fecha se ha reiterado la política del Consejo y la Dirección General al aprobarse en Octubre de 1972 el Plan Quinquenal del I.S.S.S., en el cual la incorporación

de los trabajadores domésticos está fijada para el primer semestre de 1975.

Desde el punto de vista económico, esta extensión del régimen ofrece características nuevas, hasta hace muy poco tiempo, el proceso de la extensión progresiva se limitó a la extensión geográfica, la cual obligaba a una programación correlacionada con la disponibilidad y el uso de infraestructura médica y administrativa en la zona correspondiente. El costo de la extensión era por lo tanto, igual al gasto total de instalación, más el gasto de operación o funcionamiento, el cual muchas veces no podía reducirse al nivel real de la demanda de servicios médicos y administrativos, produciéndose un "sobrante" de capacidad de servicios. La incorporación de los trabajadores domésticos, por el contrario, no exigirá nuevas instalaciones médicas ni administrativas, y en gran número de localidades tampoco será necesario aumentar la capacidad de atención, o sea aumento de horas médicas y/ o de personal, sino que se aprovechará el sobrante existente. Se hará así un uso más racional de los servicios instalados, tanto médicos como administrativos, mejorándose la productividad en ambos servicios, lo que producirá una baja de los costos unitarios en atención médica y en administración. En otros términos en la evaluación del costo de la incorporación del Sector Doméstico, debe aplicarse un criterio pragmático de aprovechamiento de la capacidad instalada, criterio financiero que difiere fundamentalmente del que correspondía aplicar cuando se trataba de una extensión geográfica o de la incorporación de nuevos riesgos a la cobertura. Finalmente esta extensión representa una ventaja para la población no asegurada, que utiliza los servicios médicos del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, puesto que al

dejar de utilizar tales servicios los trabajadores domésticos, ..
dejan al citado Ministerio en mejor posibilidad de utilizar sus
recursos en mayor beneficio de las categorías no aseguradas.

5 - Concepto de Trabajadores Domésticos de conformidad con la Ley

De acuerdo con el Código de Trabajo, trabajadores del servi-
cio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continua
a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o ha-
bitación particular, que no importen lucro o negocio para el pa-
trono.

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

Según lo expuesto anteriormente, son considerados trabajadores
domésticos, las personas que prestan servicios en casas particula-
res, en actividades que no reportan lucro, como cocineras, lavan-
deras, encargadas de limpieza, motoristas, jardineros, porteros,
guardianes y otros análogos. Esta categorización corresponde a la
interpretación dada hasta la fecha vigente.

No se consideran trabajadores del servicio doméstico, los que
se dediquen a esas labores en empresas industriales, comerciales,
sociales y demás equiparables.

Es muy conocida la circunstancia de que, en general el vín-
lo laboral formal entre el trabajador y el empleador en este Sec-
tor, es bastante precario; no hay exigencia legal de contrato de
trabajo; con cierta frecuencia la calidad de asalariado no es cla-
ra, pues está entremezclada con acciones paternalistas; el pago

del salario no se realiza con las formalidades habituales en los demás sectores económicos, etc. Estas características, que dificultan la aplicación de un Seguro Social, se ven atrapadas porque los empleadores, de hecho, con las amas de casa personas que en gran proporción no poseen mayor experiencia como empleadores, todo lo cual dificulta la diferenciación del trabajador asalariado de los servicios domésticos en un buen número de casos, y tiene por ello fuerte significación en la eficiencia de la cobertura.

6 - Conveniencias e Inconveniencias de algunas limitaciones en la cobertura de los Trabajadores Domésticos.

Por las características particulares del Sector Trabajadores Domésticos, parece oportuno examinar las ventajas y desventajas que representarían ciertas limitaciones en la amplitud que conviene dar a su cobertura.

Es por eso que a continuación se analizan algunas alternativas de cobertura parcial dentro del sector.

7 - Sólo riesgos Diferidos?

Podría pensarse en proteger inicialmente a los trabajadores domésticos sólo con la cobertura de invalidez, vejez y muerte, por las siguientes razones principales:

a) Se considera que es la cobertura que más necesitan, por encontrarse en la actualidad totalmente desprotegidos en este campo; ya que en lo que se refiere a salud, si bien es cierto que de acuerdo al Código de Trabajo, tienen derecho a prestaciones en extremo limitadas, también lo es, que la enfermedad no determina

siempre en estos trabajadores en estado crítico de necesidad, debido a que normalmente tienen cierto grado de protección en la familia a la cual prestan sus servicios, y además suplen la falta de protección adecuada acudiendo a los servicios que proporciona el Ministerio de Salud.

b) La cotización actual que hay que aportar es baja (Patrono 2% del salario y Estado 1% del salario), por lo que no se grave ostensiblemente el bajo salario de los trabajadores domésticos.

c) La carga administrativa adicional para el Instituto no es tan difícil de absorber, pues se evitan los trámites relacionados con los servicios de salud (establecimiento de derechos a prestaciones médicas y a subsidios, otorgamiento de estas prestaciones, etc.

No obstante, un fuerte inconveniente a esta alternativa es que, la poca preparación del sector en el campo de la Seguridad Social, le impediría apreciar la importancia de esta cobertura, por tratarse de beneficios que se reciben a largo plazo. Esto podría provocar una reacción negativa de los trabajadores, al considerar el desembolso de su cotización como algo que no va a producirles ningún beneficio.

8 - Sólo Riesgos Comunes y Profesionales y Maternidad?

La cobertura de únicamente estos riesgos, presenta entre otras las ventajas siguientes:

a) incluye una serie de prestaciones médicas de que actualmente no gozan los trabajadores domésticos lo que les permitiría mantenerse en buenas condiciones de trabajo.

b) Recibiría beneficios de inmediato, a diferencia de lo que sucede con la sola cobertura de riesgos diferidos.

c) El sector patronal, posiblemente opondría menos resistencia, por liberarse de las cargas que le impone el Código de Trabajo con respecto a estos trabajadores y estar seguro del estado satisfactorio de salud de los mismos.

d) El Instituto se evitaría la complicación administrativa que representa el llevar la cuenta individual a un sector en que posiblemente habrían muchos errores de nombres, números de afiliación, etc.

e) Las cotizaciones que tendrían que aportar los diferentes sectores, no serían tan altas como si se cubrieran todos los riesgos.

Las desventajas de esta alternativa serían:

a) Dejar al descubierto a los trabajadores domésticos, con respecto a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a pesar de no contar con ninguna protección con respecto a los mismos.

b) Aumentar los casos de discontinuidad de la cobertura de invalidez, vejez y muerte a lo largo de la vida laboral, cuando el trabajador cambia de actividad o sector en que presta sus servicios. Por ejemplo, personas que trabajan en hoteles, restaurantes, etc., que pasaran a prestar servicios a casas particulares como trabajadores domésticos, y también a la inversa, personas que desde el Sector Doméstico pasaran a otro sector, tendrían una pérdida neta de tiempo trabajado, para los efectos del número de cotizaciones que se exigen para tener derecho a pensión.

c) Desaprovechar los servicios administrativos de que dispone el Instituto a nivel nacional, al no utilizarlos en la cobertura de todos los riesgos, sino solamente en lo relacionado con el Régimen de Salud.

d) En algún número de casos se presentaría el doloroso problema de la situación de desamparo en que quedarían las personas que, al término del tratamiento médico, queden con alto grado de invalidez.

9 - Todos los Riesgos que se cubren en la actualidad

La protección con respecto a todos los riesgos que se cubren en la actualidad, tiene entre otras, las ventajas siguientes:

a) El aplicar a los trabajadores domésticos al Régimen de Salud y el de Riesgos Diferidos al mismo tiempo, representaría una conquista social de positivo beneficio para este sector de población, pues alcanzaría una cobertura integral que elevaría significativamente su nivel de vida.

b) Se utilizarían mejor los recursos administrativos del Instituto, especialmente en los campos de inscripción de asegurados, recaudación de cotizaciones, etc.

c) Se aprovecharían más racionalmente las obras de infraestructura y demás recursos médicos, especialmente los alejados de la zona metropolitana, alcanzándose una mayor productividad.

d) La protección integral ofrece un fundamento doctrinario más sólido para su justificación o defensa frente a las autoridades políticas de la Nación, e incluso frente a la natural resistencia por parte de los empleadores. Asimismo, es de más fácil comprensión por parte de las personas protegidas, que no se sen-

tirían discriminadas respecto de los demás asalariados.

Esta alternativa tiene el inconveniente de involucrar, como es natural, el pago de las cotizaciones correspondientes a ambos seguros, aspecto que puede tener influencia determinante en la decisión política respectiva, pues en algunos casos afectará a hogares modestos. Por lo tanto, y dentro del criterio social de solidaridad, debe buscarse un nivel de equilibrio entre las necesidades del financiamiento y la obligación moral de otorgar a este sector la protección que necesita, por ejemplo, mediante la adecuada aplicación del principio contenido en el inciso 3o. del Art. 34 de la Ley (salario mínimo presunto para determinar las cotizaciones).

10 - Cobertura a nivel nacional o a nivel de una zona determinada

Cabe preguntarse, si conviene iniciar la cobertura de los trabajadores domésticos en una zona determinada del país, o de una vez a nivel nacional, o sea, aplicar o no el método de la extensión geográfica progresiva a una categoría laboral.

Las ventajas de cubrir primero una zona, podrían ser:

a) La aplicación de un tipo de plan piloto que permitiera obtener información directa sobre este sector de población, con respecto a su comportamiento en el uso de los servicios médicos, de frecuencia de los riesgos, etc. y poderla utilizar para la cobertura del resto de las zonas. Esto en lugar de usar para todo el país, los índices y datos estadísticos de que se dispone con respecto a la población asegurada en la actualidad, los que podrían acusar algunas diferencias con los propios del sector doméstico.

b) La posibilidad de adecuar, modificar y evaluar con mayor facilidad los sistemas administrativos especiales que se apliquen para trámites de afiliación, recaudación de cotizaciones, control de la mora, establecimiento de derecho a prestaciones médicas, etc., antes de aplicarlos a nivel nacional.

c) Comenzar la cobertura en donde los recursos del Instituto permitan una atención más eficiente a la población amparada y en donde esta atención sea menos onerosa a la Institución, ventaja más bien teórica que real, pues la atención más eficiente, de hecho, es la más cara.

Ya disponiendo de unidades asistenciales suficientes para atender sin contratiempo al Sector Doméstico en todo el país, la alternativa de cubrirlo a nivel nacional, presenta las siguientes ventajas:

a) Conquista social del sector laboral, ya que se protegería de una sola vez todo el contingente de trabajadores domésticos del país y se elevaría en igualdad de condiciones su nivel de vida, evitándose una imagen dañina de política discriminatoria en materia de bienestar social.

b) Evitaría la pérdida de períodos de cotización de los trabajadores que pasan a prestar servicios a zonas no cubiertas, pérdida que a veces impediría llenar los requisitos exigidos para tener derecho a servicios médicos y subsidios y en especial, de las pensiones por invalidez, vejez y muerte.

c) Permitiría la uniformidad y mayor eficiencia en el control de información con respecto a este Sector de población y al resto de los asegurados, pues se comenzaría a llevar la cuenta indivi-

dual, datos estadísticos, etc. al mismo tiempo para todos sus integrantes. Esto se reflejaría en una disminución de la presión para obtener atención médica sin derecho, que en alguna medida se produce a causa del gran volumen de trabajadores que no están incorporados al Seguro Social.

d) Se lograría una utilización más racional y efectiva de los servicios administrativos y médicos del Instituto, en toda la República, alcanzándose una mayor productividad, pues se atendería a un regular contingente de población con un incremento mínimo de los recursos de que se dispone en la actualidad para la atención de asegurados, bajando así el costo medio asegurado año. Hay que agregar en este aspecto, que no se concibe que se dejara fuera de la cobertura a las ciudades más importantes, con lo cual, de hecho se cubre a la gran mayoría del sector.

11 - Conclusión

En resumen, desde el punto de vista del Instituto, no hay razón para establecer limitación alguna en la cobertura del sector; la circunstancia de no ser un grupo autofinanciable no tiene una significación fundamental, como se demuestra más adelante, pues el volumen del déficit probable, es moderado. Desde el punto de vista de los trabajadores no parece existir contra la cobertura total, otra razón que la de exigir una contribución que podría ser considerada elevada dado el bajo nivel de ingresos monetarios de estos asalariados; sin embargo, las ventajas de la cobertura total son tan obvias para ellos que ese sacrificio relativo está ampliamente compensado con los beneficios que obtendrán. La misma razón se encuentra al considerar la situación desde el punto de

vista de los empleadores; pero este es un hecho general que se presenta en alguna medida, en cualquier sector que se aplique un Seguro Social. Sin embargo, el problema merece consideración adecuada, ya que afectará a algunos hogares modestos que precisan de servicio doméstico, por lo que se justifica recurrir al principio de solidaridad y determinar que las cotizaciones de patronos y de trabajadores tengan la naturaleza de un mínimo que sea tolerable incluso para esos hogares, pues la alternativa de cubrir solo algunos riesgos, no es aceptable desde el punto de vista social.

La recomendación, por lo tanto, es aplicar al Sector Doméstico la cobertura del régimen general, a nivel nacional.

12 - Aspectos económico-financieros de la cobertura

Tomando en cuenta la naturaleza especial de la población y salario del Sector Doméstico, parece conveniente destacar sus características más importantes y determinar los requerimientos mínimos económico-financieros que deben satisfacerse, para lograr la cobertura adecuada de este sector.

13 - Análisis de población y de salarios cotizables

En toda extensión de la cobertura los datos de población a proteger y del volumen de los salarios de cotización, constituyen la información básica de los aspectos económico-financieros. A continuación se analizan dichos factores respecto del Sector Doméstico.

14 - Población a proteger

Escogida la alternativa de cubrir a los trabajadores domésticos a nivel nacional, corresponde hacer una estimación de su número. Al efecto se estudiaron las cifras del Censo de 1961 que contiene información por actividad, sexo y distribución geográfica, que aún no se tienen según el Censo de 1971. Proyectadas las cifras respectivas hasta Enero de 1975, se tiene que a la citada fecha, habrían 44.588 trabajadores domésticos de 15 años y más limitando el concepto a "cocineras en hogar particular" y "sirvientas de servicio de aseo doméstico" (Cuadros 1 al 6 del Anexo).

Se estima que solamente se incorporaría al Regimen un 50% de esta cantidad, es decir, 35.670, porque debe contarse con que en algún número de casos será dudosa la calidad de empleado doméstico asalariado, invocándose situaciones de tipo paternalista y por la evasión sistemática que se producirá, como consecuencia social poco desarrollada en este sector de población y las dificultades para establecer y hacer operar un control eficiente y económico.

Se ha considerado también, que ese nivel máximo no podría materialmente alcanzarse en fechas inmediatas, siendo necesario en respecto, adoptar alguna hipótesis de trabajo. Se supone así, que al iniciarse la cobertura en 1975, únicamente se lograría incorporar el 60% de la citada cantidad, es decir, 21.402 trabajadores. Todo esto corresponde a estimaciones a priori sobre situaciones de hecho, que se concretarán en una resistencia inicial al cumplimiento de la Ley, tanto de parte de algunos trabajadores, como también parcialmente de los patronos, de acuerdo con lo que

se observa siempre al imponerse un regimen constitutivo. Se ha supuesto, además que esta población está distribuida geográficamente en la misma forma que estableció el censo de 1961, aún cuando es previsible que la proporción de cumplimiento de la Ley sea mayor en las ciudades más importantes que en el resto de las localidades.

Es oportuno destacar, que la población de trabajadores domésticos es predominante femenina (97% según Censo de 1961, encontrándose en edad fértil el 78%), lo que hace variar, especialmente en lo que se refiere al riesgo de maternidad, el índice de frecuencia de prestaciones médicas por asegurado-año y por consiguiente el costo de esta cobertura con respecto a la población actualmente protegida, que es predominante masculina (75%).

En los cuadros Anexos No. 1 al 6, se contiene el resumen numérico de las proyecciones, ajustes y resultados obtenidos en el análisis de la población.

15 - Características laborales especiales

Los trabajadores de servicio doméstico constituyen un grupo laboral que presenta caracteres particulares muy definidos desde el punto de vista de las principales funciones administrativas del Seguro Social, además de algunas características demográficas que tienen relación menos directa con dichas funciones, como es el hecho de que el Sector está integrado en su casi totalidad (97%) por personas del sexo femenino, y que su edad promedio sea inferior al promedio general de la población asegurada. Estas características del Sector Doméstico deben influir en las operaciones administrativas, más aún teniendo presente su nivel cultural

y la poca oportunidad que tienen para desarrollar un sentido de responsabilidad en relación con el uso de las prestaciones y el cumplimiento de sus obligaciones, como miembros de un sistema jurídico-financiero y administrativo, relativamente complejo.

Las funciones administrativas fundamentales que presentan un mayor grado de dependencia de las características laborales son: la inscripción, la recaudación y la comprobación de derechos. En los apartados siguientes se examina la influencia de las principales de esas características del sector doméstico, en estos aspectos de la administración, teniendo presente que en varios casos algunas de ellas influyen en dos o más funciones administrativas.

16 - Movilidad y discontinuidad laboral

El escaso grado de profesionalización de estos trabajadores, las fuertes variaciones del índice ocupacional en función de la oferta de trabajo en el Sector agropecuario y otros, la inadaptación de las personas a las exigencias del servicio doméstico, etc., son algunos de los factores que determinan que en el sector existe una intensa movilidad de la fuerza de trabajo, así en cuanto a cambios de patronos y lugar de trabajo, como también de la actividad laboral, ya sea en forma intermitente o permanente. Se trata de una característica que influye en todos los aspectos administrativos, ya que producirá una frecuencia de inscripciones desproporcionada en relación al número efectivo de asegurados cotizantes; la recaudación será en todo caso de menor eficiencia, ya que en los numerosos casos de despidos y abandonos del trabajo será prácticamente imposible obtener el pago de cotizaciones; la

comprobación de derechos sería afectada por la dificultad para mantener actualizada la dependencia patronal; será dificultoso hacer funcionar la adscripción a la Unidad Médica, etc. En consecuencia, es aconsejable simplificar estas tres funciones de relación con este sector de asegurados, de manera de reducir la frecuencia de esos actos administrativos y facilitar su ejecución, pues si se mantuvieran para ellos los actuales mecanismos de inscripción, recaudación y control de derechos, se produciría un recargo desproporcionado de las correspondientes labores administrativas, con el efecto de encarecerlas más allá de lo aceptable.

17 - Bajo número de trabajadores por patrono.

Se trata de una característica muy específica y conocida; en la mayoría de los hogares se utilizan los servicios de sólo un trabajador doméstico, de manera que el promedio general podría estimarse entre 1 y 2 trabajadores por patrono, frente al promedio general de 16 trabajadores por patrono que hay actualmente en el Instituto. Esta característica significa tener que entenderse con un número muy elevado de patronos al incorporar este sector al Seguro Social; así por ejemplo, si el promedio fuera de 1.5 trabajadores domésticos por patrono, a los 21.402 asegurados que suponemos que se incorporarán al inicio, corresponderían unos 14.000 empleadores, en circunstancias que el total actual de patronos llega a poco más de 9.000. En estas condiciones, la función recaudación de cotizaciones mediante planilla implicará aumento al flujo de papeles en forma desproporcionada, con el natural encarecimiento del costo administrativo y disminución de la eficiencia; este solo hecho podría considerarse suficiente --

para no aplicar el sistema de planillas al sector doméstico, a lo menos durante un período inicial, cuya duración dependerá de la forma como evolucione el cumplimiento de la ley y su aceptación por las amas de casa; pero hay otros antecedentes más que concurren en el mismo sentido, como se señala en los apartados siguientes. La función comprobación de derechos en el seguro de enfermedad, también se desarrollaría en condiciones desfavorables; tareas como la comprobación de la firma del patrono, control de los talonarios de certificados patronales, la reposición de éstos por extravíos, etc., serían muy difíciles de cumplir en forma expedita y eficiente para un número tan elevado de patronos por lo cual es aconsejable buscar una modalidad más sencilla, aunque se sacrifique en parte la eficiencia teórica del sistema actual. Corresponde también considerar que si se pretendiera aplicar con rigor el control del derecho a atención médica, se produciría, casi inevitablemente, un retraso o demora en conceder dicha atención, lo que generaría descontento en las personas aseguradas y en sus patronos, con la consiguiente secuela de protestas y reclamos, lo cual debe evitarse de todas maneras, en especial en el caso de una nueva extensión.

18 - Reducido nivel cultural promedio del Sector.

Más que un antecedente estadístico, se trata en este caso de una apreciación de carácter general confirmada por la experiencia diaria. Con frecuencia, en este sector se encuentran trabajadores analfabetos, y que por provenir del área rural, tienen limitaciones importantes en sus contactos con las estructuras jurídicas y administrativas. En nuestro análisis, esto se refleja en que es

previsible que habrá dificultades en el manejo de la tarjeta de afiliación, tanto en su uso como en su conservación material, por ser un documento de tamaño pequeño fácilmente extraviable; asimismo es previsible que la mera tenencia de la tarjeta de afiliación haga creer a sus dueños que tienen derecho a la atención médica; por otra parte, la identificación de este tipo de trabajadores puede resultar dificultosa porque con frecuencia carecen de Cédula de Identidad Personal y también porque la fotografía en la tarjeta de inscripción (de 3.5 x 2.5 centímetros) no es suficiente. Consideraciones semejantes pueden hacerse en relación al manejo del certificado patronal; citas y referencias médicas, y cualquier otro documento que conste en papeles pequeños. La experiencia de otros países es que en el sector doméstico se produce con mayor frecuencia el extravío o destrucción de este tipo de documentos; este hecho causa una serie de problemas que redundan en una actividad de descontento y frustración de los trabajadores que se trata de proteger y de los respectivos patronos, que radican las responsabilidades en los funcionarios de la Institución.

En consecuencia, es recomendable que durante los primeros años de incorporación del Sector al Seguro Social, todo lo relativo a inscripción, número de afiliación, identificación, citas médicas, subsidios, etc., se hagan constar en una libreta nominativa y personal, de material resistente y tamaño adecuado, la

cual también puede utilizarse para la recaudación de la cotización obrero-patronal mediante sellos del Seguro Social y hojas foliadas desprendibles para los efectos de vaciar periódicamente las cotizaciones a la cuenta individual del asegurado, sin perjuicio del canje de la libreta misma al término de su período de validez.

19 - Bajo ingreso salarial "per cápita"

La condición de trabajador no calificado, se refleja en el monto de la retribución monetaria, que normalmente es inferior al salario mínimo, situación que también se produce porque en este sector el trabajador casi siempre tiene las prestaciones de habitación y de alimentación. Aunque el salario de cotización incluye el valor de estas prestaciones, el aporte total "per cápita", resultará pequeño en relación al promedio general del Instituto. En el problema de la recaudación adquiere así mayor significado el aspecto del costo de la función; en otras palabras, la magnitud pequeña de los aportes individuales hace necesario que no se incurra en gastos elevados de recaudación y control, que se justifican financieramente en sectores de ingresos. En particular los actos de control resultarían muy caros en relación al aumento de ingresos que se obtendría, por cuanto se agrega como factor negativo, la pequeña concentración de personas asegurables en cada lugar de trabajo.

Como sería contrario a la doctrina y a la Ley omitir toda acción de control, se debería pensar en una forma de pago de cotizaciones que contuviera en sí misma algún principio de control, de la cobertura del seguro de enfermedad-maternidad, el control se

produce en forma relativa, pero directa, a través del derecho a la atención médica, por cuanto la demanda de estas prestaciones es frecuente y casi continua; en cuanto a los riesgos diferidos es obvio que se obtiene un control automático indirecto a través del anterior. Es necesario reconocer que la fórmula debe reforzarse, porque su eficiencia es débil, con la exigencia de algún número mínimo de cotizaciones para tener el derecho a la atención médica, por cuanto el Art. 14 del Reglamento de Aplicación ofrece una posibilidad de fraude sistemático demasiado obvia; y también debe reconocerse que el solo control a través del derecho a atención médica significaría que el Instituto abandona, en alguna medida, su obligación legal y doctrinaria de velar por el cumplimiento irrestricto de la Ley en defensa del principio de solidaridad, de los derechos a largo plazo (pensiones), y del financiamiento. La tesis sólo puede ser aceptada, por lo tanto, como una etapa necesaria, de duración limitada, durante la cual se deberá hacer en forma sistemática, una campaña de educación de trabajadores y patronos sobre sus derechos y obligaciones y sin que se haga abandono total de las funciones específicas de control (inspección).

Aceptada la idea general expuesta, la recaudación mediante sellos del Seguro Social, vienen a ser la forma más simple y económica de recaudar la cotización conjunta obrero-patronal; estos sellos deberán ser inutilizados por el patrono en el acto de pegarlos en la libreta y en todo caso, lo serán en toda oportunidad en que el asegurado concurra a los servicios médicos.

20 - Patronos sin experiencia administrativa

En la actividad doméstica en la gran mayoría de los casos, el empleador de hecho es el ama de casa, pues así lo imponen las relaciones naturales de trabajo. Esta relación natural aparece reforzada por la circunstancia de que la legislación laboral no contempla para este sector, la exigencia de un contrato de trabajo escrito. En consecuencia, no sería realista definir en la legislación de seguridad social una relación laboral distinta que la natural y dominante en la vida diaria. Pero la circunstancia expuesta debe tenerse en cuenta en la generalidad de los casos, actos como los de inscripción, llenado de planillas de cotizaciones con determinaciones porcentuales, otorgamiento de certificados patronales para la atención médica, etc., son actuaciones extrañas a las relaciones tradicionales empleada-ama de casa, y a la experiencia e idiosincracia de éstas como empleadores. Por otra parte, en los países donde se ha introducido la cobertura del trabajador doméstico, se ha comprobado que una parte importante de la falta de cooperación del respectivo sector patronal, nace de una forma de temor de incurrir en infracciones legales involuntarias ante la complejidad relativa de las actuaciones administrativas que se imponen al empleador. Otro aspecto en que se aprecian características específicas, es el de las acciones de apremio, normales en la aplicación de una Ley de Seguro Social, porque por razones obvias resulta poco natural de y desde luego, de baja efectividad, la aplicación de sanciones a las amas de casa por infracciones a las obligaciones que les impone la Ley; ésto es especialmente efectivo en el período inicial, en el cual es frecuente que los propios trabajadores se resistan a ser inscritos y a pagar su contribución personal.

Estas características, que son muy definidas, determinan la necesidad de que en el sector doméstico los procedimientos sean simples al máximo; es así aconsejable, establecer un salario base de cotización de monto único determine una cotización mensual de cifras enteras, de manera que se elimine todo cálculo porcentual o fraccionario; se debe establecer también, la obligatoriedad del pago por mes, o fracción de mes, de una sola cantidad preestablecida, igual para todo nivel de estos trabajadores en todo el país. Estas modalidades se integran en forma muy natural con la recaudación mediante sellos y la libreta del Seguro Social configurándose así un sistema simple en sus aspectos administrativos, aunque ofrece peligros que no deben subestimarse; entre éstos, el potencialmente más dañino sería la transferencia de hecho al sector doméstico, de trabajadores que laboran en otras actividades; en otros términos, podría desarrollarse una tendencia a hacer aparecer como trabajadores domésticos a personas que no lo son, -- Las motivaciones serían:

1) El interés de obtener las prestaciones del Seguro Social por parte de personas, (trabajadores o no) que no están incluidos en la cobertura vigente, configurándose el caso de afiliación fraudulenta, y 2) La inclusión como trabajador doméstico de trabajadores de otra actividad, con el objeto de reducir el monto de la contribución al Seguro Social. Ambos fraudes causan daño financiero al Instituto, pero parece que el segundo fuere más peligroso, por lo cual deben adoptarse algunas disposiciones que reduzcan ese peligro.

21 - Sector con retribución en especie

En toda América Latina, predomina la costumbre de que los servidores domésticos conviven con la familia a la cual prestan sus servicios. Al respecto el Código de Trabajo, en su Art. 78, dispone que, "Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores del servicio doméstico comprende, además del salario conveniente, el suministro de alimentación y habitación", confirmando una práctica que casi no tiene excepciones en el país. Por otra parte, como la forma de retribución parcial en especie se aplica también en otros sectores laborales, las leyes del Seguro Social establecen al principio de que las retribuciones en especie deben ser consideradas como salario cotizante mediante una evaluación de ellos. La Ley del I.S.S.S., (Art. 34, inciso 2o.), dispone que los "reglamentos fijarán normas para establecer la base para el cómputo de las cotizaciones y beneficios en dinero de los asegurados que perciben sus ingresos parcialmente en especie". En virtud de esta norma, el Art. 3 del Reglamento de Aplicación establece que "Se estimará que el valor de la habitación y la alimentación suministrados en retribución por el patrono, equivalen cada uno al 25% del salario respectivo

De lo expuesto resulta que en el sector doméstico, habría que determinar las cotizaciones sobre un salario igual al salario en dinero, más 50% del mismo. Este hecho, que es perfectamente aplicable desde el punto de vista social, en general no es comprendido ni aceptado plenamente, ni por los trabajadores ni por los empleadores, pues además de que significa imponer una presunción de derecho, el cálculo de las cotizaciones exige una operación aritmética adicional. Estas dificultades son más evidentes en un sector como el doméstico, en el cual el vínculo laboral es débil

v los empleadores carecen de experiencia en el manejo de estos conceptos, etc., por lo cual debe tratarse de evitar la aplicación del procedimiento. Esta es una importante razón más en apoyo de la recomendación de cotización de monto único a que se llega en el punto 5.5, anterior, pues es muy directo y sencillo justificarla como el valor de cotización mínima, que ofrece la ventaja de una gran simplicidad al no exigir cálculo de ninguna especie.

22 - Paternalismo en las relaciones ama de casa-empleada doméstica

Como es sabido, en nuestro país y en los demás de América Latina, es general cierto grado de familiaridad entre los dueños de casa y algunos servidores domésticos, por el contacto estrecho y permanente que existe entre ellos. En algunos casos los primeros dan un tratamiento especial, de tipo paternalista, a los segundos, diferente del que dan a sus demás trabajadores domésticos y a los de otras actividades.

La relación de paternalismo es más común, en aquellos casos de amas de casa que dan cabida en el hogar a personas jóvenes de sexo femenino (las cuales les son entregadas generalmente por madres muy pobres que no pueden sostenerlas), a fin de que les ayuden en las tareas domésticas y dándoles en reciprocidad, un tratamiento de hijas de casa; es decir, proporcionándoles alimentación, vivienda, instrucción primaria, etc., pero omitiendo el pago de salario. Esto hace que tales servidores domésticos se vayan considerando ligados a la familia y se acostumbren a recibir las prestaciones que satisfacen sus necesidades primordiales, sin recibir salario o percibiendo sumas insignificantes.

Esta institución existe, como es del dominio público, habiéndose confirmado su relativa frecuencia y amplitud, mediante conversaciones sostenidas con personal del Servicio Social del Instituto, conocedor de nuestro medio ambiente y sus problemas.

Lo expuesto en los párrafos anteriores hace pensar, que muchas de casa invocarán esta situación especial, para sostener que no existe relación laboral entre ellas y esas personas y que por consiguiente no tienen obligación de inscribirlas en el Seguro Social y cotizar por ellas.

Es en base a esta realidad que se ha estimado, como ya se ha dicho antes, que la mayor cobertura que podrá alcanzarse será del 80% del Sector y que inicialmente será sólo del 60% de ese máximo.

Esta actitud patronal, que por ignorancia y temor al despido seguramente será secundada por las trabajadoras domésticas, sólo podrá contratarse persuadiendo a patronos y trabajadores de las ventajas que representa el Seguro Social. La evolución de la actitud patronal en ese sentido será lenta, por lo cual tiene tanta importancia eliminar o reducir los obstáculos que dificultan ese consenso.

De lo anterior se infiere la conveniencia de cubrir a este Sector desde el inicio tanto con respecto al Régimen de Salud como en lo relativo Diferidos, para incentivar a los trabajadores; y con respecto a los patronos, la ventaja de fijar una cotización moderada que no los grave demasiado y de implantar un mecanismo administrativo sencillo, en cuanto a inscripción de los trabajadores, pago de cotizaciones, establecimiento de derechos, etc., que les permita cumplir con sus obligaciones frente al Instituto, con facilidad y sin mayores molestias. También dentro de la idea de sim

plificación se ha considerado eliminar la inscripción patronal en el Sector Doméstico, a lo menos en la forma en que lo establecen los Arts. 7 y 8 del Reglamento de Aplicación.

Es por éso que, en este estudio se examinan las distintas alternativas sobre la amplitud de la cobertura, la fijación del salario de cotización y los posibles sistemas para inscripción, recaudación de cotizaciones y establecimiento de derechos, sugiriéndose una cobertura integral en cuanto a riesgos se refiere; un salario presunto único de cotización de monto bajo, casi coincidente con el actual salario mínimo de cotización, y los sistemas más sencillos que se conocen para la identificación de asegurados, recaudación de cotizaciones y establecimiento de derechos (uso de libreta de Estampillas como documento único que cumple esta triple finalidad).

En resumen, las instituciones paternalistas existentes tienen que ser tratadas como situaciones de hecho incorporadas a las costumbres nacionales. El Seguro Social no tiene como objetivo desplazarlas en forma beligerante, porque ello sería contrario en muchos casos, al bienestar inmediato de trabajadores no calificados. El delicado problema que se configura debe ser por lo tanto, manejado con realismo y flexibilidad; de una parte no podrá aceptarse que los patronos eluden sistemáticamente la obligación de asegurar a sus servidores domésticos aduciendo la existencia de una relación paternalista, y por otra parte, habrá que aceptar y reconocer los casos en que realmente existe.

Para mantener ese equilibrio, es necesario que el I.S.S.S. cuente con medios eficaces y sencillos para cobrar la cotización obrero patronal en los casos en que los servicios de inspección determinen que hay real incumplimiento de la Ley; como en muchos

casos, el jefe de la familia será a su vez, un asalariado o asalariada, un medio expedito de percibir cotizaciones adecuadas por patronos renuentes de esa condición, sería que pudiera retenerse del salario de ellos el monto de las cotizaciones en momentos en que este mecanismo parece exigir a su vez, que la Dirección General posea la facultad de señalar quien es, para esos efectos, el patrono en una familia determinada, dentro de algún tipo de definición. Al respecto conviene recordar que el Código de Trabajo (Art. 76), establece que "El contrato de trabajo para servicio doméstico puede celebrarse verbalmente", y la experiencia muestra que así se procede en la práctica, casi sin excepción.

23 - Conclusiones

Las siete características laborales y económico-sociales del Sector Doméstico, que se han examinado en los apartados anteriores constituyen fundamento de que en este Sector se dá con toda evidencia, el requisito que exige el inciso 3o. del Art. 34 de la Ley, para que las cotizaciones y los beneficios puedan hacerse en base a salario mínimo y salario presuntos, requisito que consiste precisamente, en la existencia de características laborales especiales. En consecuencia, si se reconoce la evidencia de que los trabajadores domésticos constituyen una categoría laboral con características que la diferencian de la actual población afiliada al I.S.S.S. deben aplicarse las disposiciones establecidas y definir un salario presunto de cotización.

El conjunto del análisis hecho conduce también a la conclusión de que esas características tienen influencia muy importante en la inscripción, recaudación y comprobación de derechos, los

cuales deberían ser simplificados para este Sector. Esta situación es particularmente clara y objetiva tratándose del procedimiento de recaudación, por lo que es insoslayable implementar un sistema simple, aunque su eficiencia teórica sea menor que la del método vigente.

Armonizando las dos conclusiones principales anteriores con las demás conclusiones particulares que fluyen de los diversos aspectos analizados, se puede formular la recomendación general de que para el Sector Doméstico, debe establecerse un sistema ad-hoc de recaudación y comprobación de derechos, en base a sello de seguro social de monto único, que resulta de adoptar un adecuado salario presunto de cotización, y que incluya la cotización obrera y la patronal; el monto único deberá ser una cantidad entera y corresponder a una cuota mensual; los sellos deberán adherirlos al empleador en la libreta de Seguro Social e inutilizarlos de inmediato; esta libreta será un documento personal de propiedad del trabajador asegurado, contendrá su identificación (número de inscripción, fotografía, etc.) El diseño de la libreta deberá validez y el empleador solicitará una nueva libreta idéntica, entregando la anterior para transferencia de las últimas cotizaciones a la cuenta individual del asegurado. (canje).

Las funciones de identificación, recaudación y comprobación de derechos se cumplirán por intermedio de la libreta. La inscripción está regulada por los Arts. 7 al 13 del Reglamento de Aplicación y parece conveniente revisar su aplicabilidad en relación al Sector Doméstico; así por ejemplo, las normas del Art. 80 podrían no ser necesarias y las del Art. 10o. deberían modificarse para el Sector en términos semejantes, habría que proceder respecto de

diversas disposiciones del Reglamento de Afiliación, Inspección y Estadística; en cuanto a la materialidad de la inscripción, no hay inconveniente, pero no hay ventajas, en que se mantenga el sistema de la tarjeta junto al de la libreta. La forma de recaudación debe ser determinada por los reglamentos. (inciso lo. del Art. 31 de la Ley), a su vez, el Art. 48 del Reglamento de Aplicación, faculta al Consejo para "establecer diferentes sistemas de recaudación de cotizaciones para determinadas categorías de trabajadores"; de manera que no es necesario modificar ni adecuar ninguna de las disposiciones de su Capítulo VII; bastará con que el Consejo apruebe disposiciones paralelas especiales. La comprobación del derecho a atención médica está regulada en el Art. 160. del Reglamento referido y es uno de los mecanismos que habría que modificar en relación con los trabajadores domésticos; el derecho a las demás prestaciones (subsidios y pensiones) se adquiere en función de las cotizaciones hechas, las que se comprueban mediante procedimientos administrativos internos.

No se omite reconocer que el sistema de sellos y libreta de seguro social ofrece cierta debilidad, desde el punto de vista del control del cumplimiento de la Ley, por lo que debe considerarse como mecanismo transitorio, o para el período inicial. Por las mismas circunstancias, el procedimiento debe reforzarse con la exigencia de un cierto número mínimo de meses de cotización para tener derecho a atención médica (por ejem. 3 cotizaciones en los 6 meses anteriores), a fin de reducir los casos de fraude; igualmente es recomendable que todo el mecanismo sea aplicable sólo al personal de servicio doméstico del sexo femenino, que es el 97% del total del sector, porque de esta manera se reduciría considerablemente la posible tendencia a inscribir como personal

doméstico a trabajadores de otras actividades. En este caso, respecto del personal doméstico masculino, tales como motoristas, .. jardineros, etc., se aplicarán todas las normas legales y administrativas del regimen en la actualidad.

El hecho de que en muchas familias conviven personas extrañas a ellas, bajo un estatuto paternalista, no definido, ofrece un serio problema administrativo-jurídico en el Sector. Si bien debe aceptarse que en esta práctica no se configura una relación laboral típica, el hecho reconocido es que la Institución, en muchos casos sufre deformaciones que llegan a ocultar la existencia de una relación laboral verdadera. Estas circunstancias, unidas a las demás que se han analizado, conducen a la conclusión de que respecto del Sector Doméstico, el Instituto debe poseer ciertas atribuciones especiales; una de ellas debería ser que la mora patronal, con certificado del Director General que constituye título ejecutivo según el Art. 36 de la Ley, puede ser retenido del salario en aquéllos casos en que un patrono de trabajador doméstico es, a su vez, un trabajador asalariado, asimismo, sería muy necesario que para estos efectos, el Instituto tuviera la facultad de señalar quien es el patrono responsable de entre las personas que vivan bajo el mismo techo.

El conjunto de conclusiones expuestas en este apartado permiten formular la recomendación general de que las reglas particulares que se estimen necesarias para la cobertura del Sector Doméstico, integren un Reglamento Especial de Aplicación, según texto que se propone en la parte IV.

24 - Inscripción de Patronos y Trabajadores que quedarán sujetos al Regimen.

Según se señaló en el apartado 4.1, se adoptó como hipótesis de trabajo, que la población que se llegaría a proteger en 1975 sería igual a 21.402 trabajadores, que se supone distribuidos en el país en la misma forma que muestra el censo de 1961.

Por ser los patronos y trabajadores de este Sector un tanto renuentes a cumplir con las obligaciones tradicionales que genera la Seguridad Social según experiencia de otros países, parece conveniente, que se organicen campañas de inscripción masiva por medio de personal de la Institución y de los medios de publicidad. Por razones de costo administrativo y del gran número de patronos, los procedimientos compulsivos serán poco efectivos, por lo cual debe ponerse énfasis en esa campaña de difusión y persuasión, dirigida en especial a las amas de casa y en la cual sería útil obtener la colaboración del Ministerio de Educación y de los grandes Colegios privados de nivel de enseñanza media.

Al ser considerados como "lugares de trabajo" (en el caso de los trabajadores domésticos,), los domicilios particulares, habrá que visitar en cada localidad, todos los que aparentemente ocupen personal de servicio doméstico, lo que representa un trabajo voluminoso y que debe ser cumplido con tacto y buen criterio. Convendrá entonces dedicar personal capacitado del Instituto, en número suficiente para terminar las campañas en lapsos relativamente cortos.

Habría pues, una inscripción masiva o de arranque al iniciarse el Régimen para este sector y otra rutinaria que irían realizando después los patronos, con los nuevos trabajadores que ingresen a prestar servicios en fecha posterior a la visita del personal del Instituto.

25 - Inscripción Patronal

Las disposiciones del Capítulo III del Reglamento de Aplicación establecen normas sobre obligatoriedad de los patronos que empleen trabajadores sujetos al régimen, de inscribirse como tales en el Instituto, registrar su firma y la de sus representantes; comunicar los cambios en las condiciones de trabajo, etc. Esas disposiciones obligan también al patrono a inscribir a sus trabajadores dentro del plazo de diez días desde el ingreso a la "empresa", establecen multas los que las infrinjan, etc.

El Reglamento para afiliación, Inspección y Estadística del I.S.S.S. regula con mayores detalles las obligaciones referidas, estableciendo (Art. 8o.) que cuando un patrono se inscribe recibirá una tarjeta de identificación patronal, que deberá mostrar siempre que sea requerido para ello y cuyo número de registro deberá mencionar en toda gestión que realice ante el I.S.S.S.

El conjunto de normas mencionadas responde a la forma de recaudación de las cotizaciones y de la comprobación del derecho a atención médica, Subyacente en todas las normas se encuentra la idea del "patrono-empresario".

Tratándose del Sector Doméstico, el concepto patrono-empresario no corresponde a la realidad, y ésto como se analizó en los apartados 5.1 a 5.7 influye definitivamente en la forma de las funciones de recaudación y de comprobación de derechos.

La inscripción o registro patronal cumple, en lo principal, la función de servir de base para el control de la obligación patronal de cotizar, y para tener el registro de firmas de las personas que están autorizadas para pedir al Instituto los talona-

rios de certificados patronales y emitir válidamente estos certificados. La existencia de un registro actualizado de empleadores permite determinar quién es la persona que tiene la responsabilidad legal del incumplimiento de la Ley respecto de sus trabajadores, y por lo tanto, sobre quién recae la responsabilidad por su incumplimiento.

Si relacionamos estas funciones con el pre-esquema diseñado para el sector doméstico, se observa que el sistema de libreta y sellos de Seguro Social, desaparece la necesidad del certificado patronal como comprobante de derecho, pues esta función se cumple directamente mediante la referida libreta; en consecuencia, tampoco es necesario el registro de firmas patronales ni para la entrega de talonarios de certificados ni para comprobar la autenticidad de éstos. Pero la inscripción patronal como base del control del cumplimiento de la Ley, sigue vigente pues el sistema de libreta y sellos no provee una buena base para determinar sistemáticamente los casos de incumplimiento. El problema entonces, consiste en decidir si se justifica en este Sector, las exigencias reglamentarias actuales en material de inscripción y registro patronal.

Según un principio general, es necesario disponer de un registro de patronos sujetos al régimen como antecedente básico para establecer los casos de mora y las responsabilidades consiguientes, especialmente si el sistema de recaudación es débil; pero en el sector doméstico esta regla general pierde gran parte de su validez. En efecto, para obtener la inscripción y registro de los patronos es indispensable contar con algún grado de cooperación activa de éstos; si no se cuenta con esta especie de consenso, hay

que recurrir a los medios compulsivos, aplicar sanciones, etc. Para que, a su vez, estos procedimientos sean efectivos, es necesario que exista una clara identidad del patrono y que éste tenga bienes embargables sobre los cuales hacer efectiva las sanciones pecuniarias. En el sector doméstico, estos requisitos no se dan sino por excepción; en muchos casos no habrá cooperación, ni buena identidad patronal ni otros bienes que los enseres del hogar. Por lo tanto, la obligación de inscripción patronal no rendirá los resultados que son normales en los casos de patronos-empresarios, y por el contrario se constituirá en un obstáculo para la aceptación y difusión del Seguro Social en el sector doméstico.

De acuerdo con lo anterior es recomendable que las funciones de inscripción y registro patronal, se reduzcan a un registro que forma el Instituto directamente, con los datos que se estime de mayor importancia, que se obtendrían del formulario de esquema, es que para extender una Libreta a un trabajador doméstico, ello se haga solamente a requerimiento de un patrono, mediante un formulario ad-hoc en el cual se darán los datos del trabajador y los datos básicos del patrono; además, para la compra de sellos deberá llenarse un formulario sencillo indicando el número de sellos que se necesitan, nombre y domicilio del patrono y otros datos básicos. Con el primer documento, el Instituto abrirá una ficha de registro de empleador doméstico y mediante los segundos podría mantener actualizados los datos, o simplemente los formularios se archivarían según ordenamiento que permitiera su consulta en forma expédita. El procedimiento se debería completar con visitas domiciliarias a cargo de inspectores y/o trabajadores sociales.

26 - Inscripción inicial de trabajadores

Al visitar los centros de trabajo (hogares), se deberá instruir a patronos y trabajadores sobre las características de la nueva cobertura, especialmente en lo relativo a los derechos que tienen de hacer uso racional de los servicios; al uso adecuado del documento que se escoja para comprobar derecho a prestaciones asistenciales; el señalamiento del consultorio a que quedarán eventualmente adscritos los trabajadores; a la cotización patronal llenando los formularios que correspondan, tales como aviso de accidente de trabajo, formulario de inscripción de trabajador, solicitud de reposición de tarjeta de afiliación y/o libreta de estampillas; al canje de libreta de estampillas, compra de sellos en su caso, etc. La confección y distribución amplia de un instructivo sencillo y breve podría ser de gran utilidad en esta etapa.

Por otra parte, parece conveniente utilizar para la inscripción de este nuevo sector, los mismos formularios que en la actualidad se emplean, las mismas características en la formación del número de afiliación, las mismas normas que se utilizan para registrar los nombres de asegurados, etc.

De acuerdo con lo anterior, únicamente deberá inscribirse a los trabajadores domésticos que no lo hayan sido en cualquier otra actividad. No será necesario, pues inscribir a aquellas personas que ya lo fueron en centros comerciales, industriales, etc. quienes usaran para identificarse, el número de afiliación que les haya sido asignado con anterioridad.

Los visitantes llenarán los formularios de inscripción de trabajadores y obtendrán la firma del empleador y recogerán las

fotografías de los nuevos trabajadores sujetos al régimen, para ser entregados a las oficinas de Afiliación del Instituto. En el caso de efectuarse la recaudación de cotizaciones por medio del sistema de estampillas, se hará llegar a los patronos una libreta de Seguro Social por cada uno de sus trabajadores domésticos. Las oficinas de Afiliación enviarán a los patronos, juntamente con las libretas, formularios para nuevas inscripciones, reposiciones de libretas, avisos de accidentes de trabajo, etc.

Como es recomendable que la inscripción masiva se haga por áreas geográficas, es absolutamente indispensable que previo a la visita de los domicilios particulares por parte de los representantes del Instituto, se efectúe en esa área la campaña divulgativa con respecto a la nueva cobertura, por los distintos medios de difusión (prensa, radio, televisión, cines, escuelas, etc.)

27 - Inscripciones posteriores de nuevos trabajadores que vayan quedando sujetos.

Con respecto a los trabajadores domésticos que ingresen a prestar servicios con posterioridad a la inscripción masiva, serán los patronos quienes deberán proceder a su inscripción, si no lo hubieren sido antes. A este efecto, llenarán al nuevo trabajador el aviso de inscripción respectivo, para que éste lo entregue junto con una fotografía en las oficinas del Instituto. El Instituto hará llegar posteriormente a los patronos las libretas de Seguro Social, para que éstos las tengan a disposición de sus respectivos dueños, atendiendo a las instrucciones que para el efecto se hayan emitido.

Cuando el nuevo trabajador doméstico ya hubiese sido inscrito con anterioridad como tal, el patrono tomará nota del nombre y número de afiliación y verificará si la libreta necesita ser canjeada por una nueva, caso en el cual facilitará esta operación o la de reposición si la hubiere extraviado, para lo cual llenará el formulario respectivo. Si el trabajador al comenzar a prestar servicios manifestare ya estar inscrito en otra categoría laboral, el patrono solicitará la emisión de una libreta para el trabajador y acompañará la tarjeta de afiliación, pero si el trabajador la hubiere perdido, indicará esta circunstancia en el formulario correspondiente.

28 - Disposiciones Legales Especiales para el sector doméstico.

Para implantar un salario presunto de cotización debe emitirse un reglamento (Art. 34 de la Ley). Además hay necesidad de adecuar varias disposiciones del actual Reglamento de Aplicación, a los casos especiales que plantea la cobertura de los trabajadores domésticos, según se ha establecido en este estudio. Por consiguiente se propone un proyecto de texto de "Reglamento Especial para la Aplicación del Regimen del Seguro Social a los Trabajadores Domésticos.

Por la naturaleza especial del Sector Doméstico, ese instrumento legal debe contar con normas relacionadas con: su objeto, definiciones indispensables y campo de aplicación; la emisión de la Libreta de Seguro, registro de patronos y operaciones administrativas conexas; la remuneración afecta al Seguro Social (salario único presunto); la forma, cuantía y demás circunstancias de las cotizaciones y su recaudación; el registro de la cuenta indi-

vidual los requisitos a llenar para tener derecho a las prestaciones médicas; la manera de comprobar los derechos correspondientes; y las sanciones en que incurrirán quienes falsifiquen sellos, traten de servirse nuevamente de los que ya fueron usados o defrauden al Instituto de cualquiera otra manera dentro del sistema especial de recaudación que se sugiere para el sector doméstico.

B I B L I O G R A F I A

(1) Taufik Esmahan, Julio E. Montoya y Rogelio Miranda Sasso. Estudio sobre la inclusión de los trabajadores domésticos en el regimen del Seguro Social, publicado en agosto de 1974 en una Revista del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, San Salvador El Salvador, C.A.

PROYECTO DE REGLAMENTO ESPECIAL PARA LA APLICACION DEL REGIMEN DEL SEGURO SOCIAL A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS.

CAPITULO I

OBJETO, DEFINICIONES Y CAMPO DE APLICACION

Art. 1.- "El presente Reglamento tiene por objeto regular las situaciones especiales que se producen en la aplicación del Regimen del Seguro Social a los trabajadores domésticos. En todo lo no previsto en este texto, serán aplicables las normas pertinentes de los demás Reglamentos de Aplicación del Seguro Social."

Art. 2.- "Se entiende por trabajadores domésticos para los efectos de este Reglamento, al personal femenino que se dedica forma habitual y continua a labores propias del hogar o de otro sidio de residencia o habitación particular que no importen lucro o negocio para el patrono, en los términos que establece el Capítulo III del Título Segundo del Libro I del Código de Trabajo."

Art. 4.- "Las trabajadoras domésticas a que se refiere el Art. 2, estarán sujetas al Regimen del Seguro Social, a nivel nacional y en la cobertura de enfermedad y accidente común, accidente de trabajo y enfermedad profesional, maternidad, invalidez, vejez y muerte, con los procedimientos especiales que establece este Reglamento.

Los trabajadores domésticos del sexo masculino estarán asimismo sujetos al Regimen del Seguro Social, pero se les aplicarán las disposiciones legales y los trámites administrativos del Regimen General, sin excepciones."

CAPITULO II

INSCRIPCION DE TRABAJADORES, REGISTRO DE PATRONOS Y OPERACIONES ADMINISTRATIVAS CONEXAS.-

Art. 5.- "Los patronos que empleen trabajadores domésticos, tienen obligación de inscribirlas en los términos prescritos por el Reglamento para la Aplicación del Regimen del Seguro Social".

En el caso de trabajadores ya inscritos con anterioridad en el Regimen General, el patrono cumplirá un trámite semejante; --

pero estará obligado a dejar constancia de ese hecho en el formulario de inscripción correspondiente, a fin de que se mantenga el número de afiliación de la trabajadora".

Art. 6.- "El Instituto, sirviéndose de la información que contengan los formularios de inscripción de las trabajadoras, elaborará una ficha por cada patrono, con la cual se formará el fichero de patronos domésticos, quienes no estarán obligados a inscribirse en los términos que establece el Capítulo III del Reglamento para la Aplicación del Regimen del Seguro Social."

Art. 7.- "El Instituto, después de inscribir a las trabajadoras domésticas siguiendo los trámites usuales para el resto de trabajadores sujetos al Regimen, en vez de Tarjeta de Afiliación, elaborará una Libreta de Seguro Social por cada una de ellas.

La emisión de Libretas de Seguro Social, ya sea por inscripción de nueva asegurada o por canje de libreta antigua, se hará exclusivamente a solicitud de los patronos. La Dirección General podrá denegar la inscripción de una trabajadora doméstica cuando estime que las calidades de patrono y/o de la trabajadora no están fehacientemente establecidas.

La Libreta de Seguro Social tendrá un período de validez que fijará la Dirección General, será de propiedad de la asegurada y le servirá para identificarse en sus relaciones con la Institución y como documento de comprobación de derechos, durante el plazo de su vigencia."

Art. 8.- "El Instituto entregará al respectivo patrono las Libretas de Seguro Social que emita, a fin de que las tenga en calidad de depósito. En el acto de recepción de las libretas, el pa-

trono estará obligado a firmar el correspondiente recibo.

Mientras el patrono deberá entregar las libretas respectivas a sus trabajadores, cada vez que las necesiten para solicitar prestaciones."

Art. 9.- "El patrono que no proporcione su libreta a la trabajadora cuando ésta la necesite para solicitar prestaciones, o que la use fraudulentamente, incurrirá en la multa a que se refiere el Art. 16 del Reglamento para la Aplicación del Regimen del Seguro Social y además, en el segundo caso, estará obligado a restituir el valor de las prestaciones que el Instituto hubiere otorgado".

Art. 10.- "El patrono deberá dejar constancia en la libreta, con perfecta claridad, en el espacio reservado para el efecto, de su nombre y apellidos y de la fecha en que la asegurada entra a trabajar a su servicio y de aquélla en que se retira."

Art. 11.- "El patrono estará obligado a entregar la Libreta de Seguro Social respectiva, a la trabajadora doméstica que deje de prestarle servicios definitivamente.

Si la trabajadora abandonare el trabajo sin llevarse su libreta, el patrono deberá hacerla llegar de inmediato al Instituto, en donde estará a disposición de su dueña.

La trabajadora que recibiere su libreta del patrono al retirarse de su lugar de trabajo o del Instituto en el caso del inciso anterior, deberá entregarla en depósito a su nuevo patrono, en cuanto comience su relación laboral.

El patrono deberá solicitar la reposición de las libretas de sus trabajadores domésticos, que se extravíen o destruyan, hacien

do uso de los procedimientos que establezca el Instituto para el trámite de reposición."

Art. 12.- "Dentro de los diez días siguientes a la fecha de vencimiento de la libreta, el patrono que la tiene en depósito deberá solicitar su canje por una nueva, en las oficinas que el Instituto señale para el efecto.

Si la libreta se encontrare en poder de la trabajadora por hallarse cesante, deberá entregarla al Instituto para que éste registre sus cotizaciones oportunamente en su cuenta individual. En estos casos se entregará a la trabajadora un recibo con el número de afiliación correspondiente y si aún tuviera derecho a prestaciones, incluirá la información necesaria para que le sirva como documento provisional de establecimiento de derechos hasta el término del período cubierto.

El Instituto al canjear las libretas vencidas por nuevas, anotará en éstas un resumen de la información indispensable para el establecimiento del derecho a prestaciones.

En todos los casos, es requisito para la emisión de la nueva libreta el que la trabajadora doméstica se encuentre activa como tal".

CAPITULO III

REMUNERACION AFECTA AL SEGURO

Art. 13.- "Se establece como remuneración mensual afecta al Seguro con respecto a las trabajadoras domésticas, aplicando lo dispuesto por el Art. 34 de la Ley, el salario presunto único y a nivel nacional de ₡85.11 mensuales.

Las cotizaciones de patronos, trabajadores y Estado determinarán sobre esta base, cualesquiera que sean el número de días trabajados dentro del mes y la retribución en dinero, especie o servicios que perciba la trabajadora."

CAPITULO IV

DE LAS COTIZACIONES Y SU RECAUDACION

Art. 14.- "Para los efectos de percibir las cotizaciones de patronos y trabajadores, se usará el sistema de recaudación por medio de sellos o estampillas."

Art. 15.- "Se establece un sello de monto único de ¢10.00 que será la suma de la cotización mensual de la trabajadora y su patrono, correspondiente al salario presunto mensual único de cotización de ¢85.11, según el Art. 13 de este Reglamento.

La cotización obrero-patronal de ¢10.00, se distribuye como sigue: de acuerdo con el Art. 29 de la Ley del Seguro Social.

Para la cobertura de enfermedad y accidente común, maternidad y riesgos profesionales, corresponderá cotizar a las trabajadoras ¢2.13 y a los patronos ¢5.32 mensuales.

Para la cobertura de invalidez, vejez y muerte, corresponderá cotizar a las trabajadoras ¢0.85 y a los patronos ¢1.70 mensuales.

En total, estará a cargo de las trabajadoras, la cotización de ¢2.98 y a cargo de los patronos, la cotización de ¢7.02 mensuales.

Independientemente de la cotización obrero-patronal de ¢10.00

el Estado contribuirá de acuerdo con el Art. 29 antes citado, con ¢1.91 mensuales por cada trabajadora doméstica que cotice."

Art. 16.- "Los sellos serán vendidos exclusivamente en las dependencias del Instituto y en los demás lugares que autorice expresamente para el efecto.

Las personas que vendieren sellos de Seguro Social sin la debida autorización, incurrirán en una multa colones, sin perjuicio de las sanciones en que incurran de conformidad con el Código Penal."

Art. 17.- "La adquisición de los sellos deberá hacerse únicamente por los patronos, quienes para este efecto llenarán en cada compra el formulario de control que proveerá el Instituto, dejándolo en el lugar de venta.

Los patronos deberán adquirir los sellos únicamente en los lugares autorizados por el Instituto para su venta. El patrono que adquiriera sello de lugares o personas no autorizadas para su venta, incurrirán en una multa de colones.

Art. 18.- "El patrono deberá colocar los sellos en las casillas que para el efecto tienen dispuestas las libretas de Seguro de sus trabajadoras domésticas, en perfecto orden y nunca unos sobre otros.

La colocación de sellos deberá hacerla el patrono, en la fecha en que pague su salario a la trabajadora. A ese efecto el patrono está autorizado para descontar del salario de sus trabajadoras, la cotización de ¢2.98 que a éstas corresponde de conformidad con el Art. 15 de este Reglamento.

La infracción a cualesquiera de las disposiciones de este Artículo será sancionada con multa de colones cada una."

Art. 19.- "En los casos en que la trabajadora deje de prestar servicios antes de la fecha convenida para el pago, el patrono, en el momento de retribuirle, deberá colocar un sello de la denominación única que usará el Instituto en el lugar correspondiente de la libreta de Seguro, cualquiera que sea el número de días que cancele, de acuerdo con el Art. 13 de este Reglamento."

Art. 20.- "El patrono deberá inutilizar el sello que coloque en la libreta, estampando su firma sobre él, de manera que la firma abarque al sello y parte de la hoja en que éste haya sido adherido.

El que hiciere desaparecer de los sellos de Seguro Social -- las señales que indiquen que ya han sido utilizados, así como -- el que usare o hiciere usar o pusiere en venta sellos inutilizados, o aquéllos que debieran haber sido inutilizados por haber sido usados, deberá resarcir al Instituto del valor de los sellos mal usados y demás pérdidas que le hubiere ocasionado. Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones en que incurra de conformidad con el Art. 314 del Código Penal."

Art. 21.- "El que falsificare sellos de Seguro Social, los -- introdujere a territorio nacional sin autorización, los expendiere o usare, estará obligado a resarcir al Instituto del valor de los sellos mal usados y demás pérdidas que le hubiere ocasionado. Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones a que está sujeto de conformidad con el Art. 310 del Código Penal."

Art. 22.- "El que con conocimiento de la falsificación, -
expendiere o pusiere en circulación sellos de Seguro Social, es-
tará obligado a resarcir al Instituto las pérdidas que hubiere
sufrido por esa causa. Lo anterior es sin perjuicio de las san-
ciones a que esté sujeto de acuerdo con el Art. 312 del Código Pe-
nal.

CAPITULO V

DE LA CUENTA INDIVIDUAL

Art. 23.- "Para los efectos del registro de cotizaciones en
la cuenta individual, los patronos están obligados a presentar -
las libretas de sus trabajadores domésticos en las dependencias
del Instituto cada vez que se hayan adherido todos los sellos --
que corresponden a una hoja. Estas hojas quedarán en poder del -
Instituto, dejándose constancia de ello en las libretas.

El patrono que no cumpla con la obligación a que se refiere
el inciso anterior, incurrirá en una multa de colones.

No obstante lo señalado en los incisos anteriores, en los ca-
sos en que una trabajadora queda cesante y su libreta contenga -
hojas llenas de sellos, será ella obligada a presentarla a la de-
pendencia correspondiente del Instituto."

CAPITULO VI

PRESTACIONES MEDICAS Y PECUNIARIAS

Art. 24.- "Las trabajadoras domésticas tendrán
derecho a las prestaciones médicas y pecuniarias por enfermedad,

accidente común y maternidad, después de cumplidas 2 cotizaciones mensuales iniciales, continuas o discontinuas.

Una vez cumplido el requisito indicado en el inciso anterior, el derecho a esas prestaciones, se sujetará a las disposiciones respectivas del Reglamento para la Aplicación del Regimen del Seguro Social, con las modalidades que se señalan en los dos artículos siguientes."

Art. 25.- "Tendrán derecho a prestaciones médicas por enfermedad y accidente común quienes acrediten 2 cotizaciones mensuales dentro de los 4 meses calendario anteriores al de la primera solicitud de servicios médicos. Asimismo, tendrán derecho a subsidio por incapacidad, quienes acrediten 2 cotizaciones mensuales dentro de los 3 meses calendario anteriores al de la demanda correspondiente."

Art. 26.- "Las prestaciones médicas de maternidad, procederán, cuando se acrediten 3 cotizaciones mensuales en el transcurso de los 12 meses calendario anteriores al parto; sin embargo, la asistencia prenatal se prestará siempre que haya derecho a recibir las prestaciones asistenciales de conformidad a que se refiere el Artículo anterior. Habrá derecho a las prestaciones pecuniarias de maternidad, siempre que la asegurada acredite 3 cotizaciones mensuales en el transcurso de los 12 meses calendario anteriores al mes en que se presume ocurrirá el parto."

CAPITULO VII

DE LA COMPROBACION DE DERECHOS

Art. 27.- "Para solicitar prestaciones médicas o en dinero, la trabajadora doméstica estará obligada a presentar en las de--

pendencias del Instituto, su Libreta de Seguro Social y su Cédula de Identidad Personal, cuando fuere requerida para ello."

Art. 28.- "No se otorgarán las prestaciones que soliciten las trabajadoras domésticas que presenten sus libretas adulteradas, o en tal estado de deterioro, que no permitan la identificación correcta y el establecimiento de derecho.

En tales casos el Instituto retendrá las libretas para hacer la investigación que fuere necesaria, difiriendo las prestaciones al momento en que se establezca claramente el derecho.

La parte final del inciso anterior no será aplicable en los casos de urgencia, en que atenderá a lo establecido en el Art. 16 del Reglamento para la aplicación del Regimen del Seguro Social."

(1)

B I B L I O G R A F I A

(1) Estudio sobre la inclusión de los trabajadores domésticos - en el Regimen del Seguro Social.

Realizado por la Misión de asistencia Técnica DNUD/OIT, a través del Dr. Taufik Esmañan, Jefe del Depto. de Planificación, Sr. Julio E. Montoya, - Jefe de Actuariado y Estadística y Sr. Rogelio Miranda Sasso, Colaborador del Depto. - de Coordinación del ISSS.

CAPITULO XXII

LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO EN RELACION CON
LOS TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO.

- 1 - Concepto
- 2 - Origen de la política laboral
- 3 - Naturaleza
- 4 - Sujetos de la política laboral
- 5 - Contenido u objeto
- 6 - Fines políticos laboral
- 7 - Análisis de la política laboral del nuevo Código de Trabajo en relación con los trabajadores en general y específicamente en el caso de los domésticos.

1 - CONCEPTO

Con relación a este tema los tratadistas Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres nos dicen lo siguiente: "Como no constituye un secreto didáctico ni compromete la estructura de esta exposición, existe un indudable nexo entre las esferas de la Política Laboral y de la Social. De ahí que también cuando se intenta la definición de aquella disciplina pueden amalgamarse, junto con los elementos más peculiares de la misma, factores que ejercen influjos considerables; tales los económicos, los sociales genéricos y los jurídicos. Sin embargo, puede articularse una fórmula definidora paralela a la consignada para la política social.

Dentro de esa actitud, y reconociéndolo también a la política laboral un aspecto práctico ofarte y doctrinal o científico . cabe referirse a ella, en el primero de aquellos sentidos, "como la concepción de planes y la aplicación de medidas, por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyan a la eliminación o alivio de los antagonismos y conflictos derivados de las relaciones de trabajo, dignifican su prestación, cooperan a la mejor remuneración de los trabajadores, se preocupan de su seguridad y eventual rehabilitación y tienden a asegurarle al que trabaja y a los suyos la continuidad de subsistencia ante adversidades imprevistas o las normales en el desarrollo de la existencia humana y de la vida social".

Podría decirse que la política laboral se ocupa del hombre que trabaja, pero no del trabajo que realiza, especialidad técnica o profesional que escapa al sentido protector y de mejora del trabajador y, por serlo, que lo político-laboral se propone.

En su consideración de ciencia y disciplina didáctica, la Política Laboral configura el estudio, investigación y propuesta de lo concerniente a la Política Laboral enfocada como arte o -- conjunto de medidas prácticas que satisfagan sus finalidades propias." (1)

A este respecto el doctor Luis Alfonso Méndez, en su conferencia pronunciada el 20 de junio de 1973 en el seminario de Código de Trabajo celebrado en la Facultad de Derecho nos dice: -- "Se puede enfocar la política desde dos puntos de vista: desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico. - La Política desde un punto de vista estático es el estudio de la organización de las comunidades humanas, es el estudio de la es-

estructura y el funcionamiento del Estado; cuando nosotros estudiamos los organismos del Estado, las relaciones que existen entre esos dos organismos y las funciones que cada uno de esos organismos desempeña, entonces estamos enfocando la Política desde un punto de vista estático. Ahora bien, la Política desde un punto de vista dinámico consiste en la acción desplegada por el gobierno, es decir es el modo como desde los puntos de mando los que gobiernan pueden alcanzar determinados fines; la Política dinámica viene a ser en cierto sentido acción, es la acción desplegada por el gobierno para conseguir los fines del Estado, este concepto dinámico de Política es la que va a servir en el transcurso de esta plática para ir tratando de elaborar el concepto de Política Laboral. Abandonemos, pues, el concepto de Política en el sentido estático porque no nos sirve para nuestros objetivos. Quedémonos con el concepto de Política en el sentido dinámico. Como una especie dentro del término genérico de Política, tenemos la Política Social, que consiste en la actividad que desarrolla el Gobierno del Estado tendiente a conseguir el bienestar general de la comunidad y como una sub-especie dentro de la especie, nos encontramos con la Política Laboral, lo cual no pretende conseguir el bienestar general de toda la comunidad, sino que pretende alcanzar el bienestar social y económico de una clase determinada, que es la clase trabajadora. Llegamos entonces al concepto que nos preocupaba, al concepto de Política Laboral y la definimos como la acción del Gobierno tendiente a mejorar social y económicamente a la clase trabajadora.

Esta cuestión de Política Laboral, así llamada por su nombre, puede decirse que es algo relativamente nuevo; se han ocupado indudablemente de ella, autores de Sociología, Economía y De

recho de trabajo e incluso de Filosofía del Derecho, pero sin llamarla por su nombre y sobre todo en una forma incidental; pero ya como un sistema, como un estudio bien elaborado, es difícil encontrar obras que traten de Política Laboral. Quizas el primer intento de sistematización, lo podemos encontrar en la obra escrita por Don Guillermo Cabanellas y Don Luis Alcalá Zamora, esa obra salió publicada en el año próximo pasado y su nombre es "Tratado de Política Laboral y Social"; consta de tres tomos y tiene muchas consideraciones acerca de Política Laboral, pero también conserva bastantes aspectos relativos al Derecho de Trabajo; se refiere, como he dicho, a la Política Laboral, pero también se detiene a examinar cuestiones del Derecho del Trabajo que no reflejan una actividad del Estado, para conseguir sus fines en beneficio de los trabajadores". (2)

2 - ORIGEN DE LA POLITICA LABORAL.

Con relación a este tema los ya citados tratadistas Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torre nos dicen:

"Sin presentimientos siquiera de esta nueva disciplina de la política laboral, aislados preceptos de protección legal de los trabajadores se identifican incluso en pueblos de la remota antigüedad, empezando por fragmentarias disposiciones sobre jornada y salario, pero ahogadas por el desdén que durante milenios han experimentado las clases sociales privilegiadas para con los necesitados de realizar tareas manuales para ganarse el sustento y hasta para conservar la vida; ya que ha en rebeldía laboral o simple holgazanería de los esclavos autorizaba a sus amos para -

eliminarlos físicamente.

Lo esporádico de tales medidas, su débil repercusión para significar un cambio de actitud social con respecto a la clase trabajadora y hasta la carencia de propósito definido de amparo hacen que no pueda hablarse de auténtico movimiento políticsocial hasta producirse la reacción protectora de los trabajadores luego de la situación aflictiva en que los sumió, con carácter colectivo, y como fenómeno técnico y económico a la par, con el inevitable reflejo social, la Revolución Industrial, según los lineamientos ya expresados, y de inútil reiteración.

Sucedió entonces, y ha subsistido la situación hasta hace muy pocas décadas, que empezó a hacerse Política Laboral, pero no se dió ese nombre, destinado al parecer a una preterición tan improcedente nítidamente una protección del trabajador, por el hecho de serlo, se utilizan otras expresiones, como la de "reformas sociales" y luego de serlo, se utiliza influjo del socialismo de cátedra, el de Política Social.

Hubo de transcurrir una sentencia más, y llegar a su mitad el siglo XX, para que los análisis técnicos advirtieran que una cosa es la protección del trabajador como tal y otra la protección y el fomento del bienestar general, sea cual sea la índole profesional o no, de los beneficiados por tal acción mitigadora o de impulsos.

De ésta, pues, ante una disciplina que ha tardado en obtener su independencia, víctima de indebida absorción por exposiciones científicas o medidas políticas afines. " (3).

La política laboral propuesta ha de ser lineamientos para conseguir la satisfacción en el orden moral social y económico de

las aspiraciones de los trabajadores, esa política debe estar -- planificada, es decir, tiene que estar orientada hacia fines concretos. Modernamente los países ya no aceptan las cosas como usualmente se van presentando, sino de cada uno redacta lo que se le ha dado a llamar planes de desarrollo económico social y donde aparece las metas que se pretenden alcanzar. El país nuestro acaba de redactar su plan de desarrollo económico y social nos daremos cuenta que en los mismos se trata sobre Política Social, en el sentido de que existen algunos lineamientos para alcanzar determinados objetivos en materia de vivienda, salud, educación, etc. pero si buscamos un poco mejor nos daremos cuenta de que esos -- planes de desarrollo económico y social no aparece en forma definida y concreta la Política Laboral del país; incluso existen en esos planes algunas ideas un tanto equivocadas.

3 - NATURALEZA

A este respecto los tratadistas Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas de Torres nos dice lo siguiente:

"Si lo económico posee relieve trascendente en lo político-social, aunque éste no se agote con aquello, por manifestaciones de índole distinta en la Política Social, tal influjo parece menos negable aún en lo político-laboral, enraizado indisolublemente con el trabajo, cuyo motor esencial, en el de carácter subordinado, lo integra la obtención de medios económicos para la propia subsistencia, la del núcleo familiar y satisfacer adicionalmente aspiraciones y anhelos de índole privada.

Pero la política-laboral, que puede influir indirectamente en la mejora salarial o en el mayor poder adquisitivo de ese mis-

mo salario, no posee por jurisdicción propia la regulación retributiva de los trabajadores; por lo cual se mantiene relativamente aparte del aspecto económico neurálgico de la relación laboral típica entre empresario y trabajador.

Lo que la política laboral persigue ante todo es la defensa de los valores humanos del trabajador en las dimensiones materiales y espirituales.

El más superficial de los exámenes descubre que muchos de los logros de la política laboral son resultados legislativos -- que refuerzan la posición del trabajador; como contratante laboral, durante su prestación profesional y con posterioridad fisiológica. Eso permite afirmar que lo jurídico posee relevancia de primera magnitud en la política laboral.

Otro campo de influencia indiscutible en la Política Laboral proviene de lo social, por el engarce del trabajo y del trabajador en la sociedad. Pero aquí se penetra ya en la zona de la imprecisa delimitación que se ha apuntado entre las jurisdicciones político social y político-laboral.

Como formulación sometible a revisión puede declararse, en cuanto a la naturaleza de la Política Laboral, que persigue, por medios jurídicos, fines primordialmente económicos y secundariamente social." (4)

4 - SUJETOS DE LA POLITICA LABORAL

Pocas perplejidades originan la determinación del sujeto pasivo o beneficiario de la Política Laboral: lo integra el trabajador, pero no como individualidad, sino como clase o sector social; ya que no se legisla ni se gobierna para trabajadores in

dividualmente considerados, sino para cuantos se hallen en esas situaciones características que determinan, esta protección o el paro.

No obstante, se han suscitado algunas limitaciones. De una parte, con criterio restrictivo similar al formulado con relación a la Política Social, por algunos se propugna que el sujeto político laboral se limita al trabajador económicamente débil, y no a todo trabajador; por estimarse que las finalidades sociales en general deben circunscribirse, para la mejor utilización de los recursos, a los más necesitados, con entrega a los mejores ingresos; y es que el socorro ha de ir primero al más comprometido.

Otra limitación se genera por trazar una jerarquización económica dentro de los mismos trabajadores. Entonces se declara que los únicos merecedores de protección laboral son los obreros, como contraposición a los empleados y a los técnicos calificados, cuyos ingresos se conceptúan suficientes para asegurarles una autoprotección frente a los riesgos de toda índole provenientes del desempeño de sus tareas y de contingencias sociales incluso.

5 - CONTENIDO U OBJETO DE LA POLÍTICA LABORAL

Sobre el contenido u objeto de la Política Laboral, Zamora y Castillo y Cabaneillas, nos dicen lo siguiente:

"Corrigiendo la reiterada desviación científica de denominar Político-Social a lo Político-Laboral, puede utilizarse para ofrecer un panorama general sobre el contenido asignado a la Política Laboral el que para la Social trazaba HEYDE:

1o.- Con respecto a la protección del trabajador como objetivo,

expresaba el autor citado la integridad moral y corporal - del mismo, en el desempeño de sus tareas; de estar impedi- do o para remediar la falta de trabajo, las oficinas de co- locación y seguro contra el paro forzoso; por último, la - garantía del derecho de asociación profesional.

- 2o.- En lo relativo a la política de salarios, el aseguramiento de la retribución del trabajador, con la fijación de un sa- lario mínimo adecuado a un nivel de subsistencia decoroso, calculado no individualmente, sino de acuerdo con las car- gas familiares del trabajador.
- 3o.- En cuanto a la protección de la personalidad del trabajador, en la esfera laboral estricta, han de resguardarse las con- vicciones políticas, morales y religiosas del trabajador, - sin que puedan significarle diferenciación y postergación - injusta en caso alguno. Súmase a ello la reglamentación in- terna de las tareas, de manera que quede a salvo en todo as pecto la dignidad humana. Extralaboralmente, se complementa esta protección con la posibilidad de adquirir o perfeccio- nar los conocimientos profesionales, así como con la refe- rente al acceso a una vivienda digna, lo cual nos sitúa en zona de evidente colindancia con lo político-social, por -- cuanto es problema que afecta a todas las clases sociales. con independencia de las actividades laborales, que puedan desempeñar.

La protección salarial es objetivo reforzado por SIE-- WERS con las garantías especiales que aseguren su percep- ción; de modo singular, con la concesión de una prelación o privilegio crediticio para percibir lo adecuado en ese - concepto en los concursos de acreedores y en las quiebras;

además, con el resguardo de su efectividad, con medidas como la prohibición del pago en especie, la proliferación de los anticipos y la restricción de descuentos o multas.

Por su parte, SOMBARI caracteriza la protección laboral apoyándose en las leyes que limitan la libertad de las partes contratantes en la ordenación de las relaciones laborales." (5)

6 - FINES POLITICO-LABORALES

La concreta enumeración de los objetivos de la Política Laboral ya formulada, permite delinear el fin último que esta disciplina se propone. En una primera etapa, reparadora de injusticias y como remedio de adversidades, de carácter económico sobre todo se pretende colocar al trabajador en posición jurídicamente igual a la del sector patronal o empresario y eliminar las diferencias sociales más hirientes con respecto a otros núcleos de la sociedad. En esta campaña se excluye toda manifestación que pueda significar una actitud meramente benéfica o compasiva, y se eleva al rango de categoría jurídica plenamente exigible, lo que política y laboralmente se declara necesario.

Coincidiendo una vez más en estructura y dinamismo con la Política social, la Laboral se siente impulsada de manera incesante a fomentar el bienestar de los trabajadores como tales, sin limitación alguna y con extensiones que, por desbordar ya los nexos más tenues con la prestación de los servicios, penetran en la órbita propia de los fines político-sociales.

Con respecto a este tema el doctor Luis Alfonso Méndez nos hace una comparación entre lo que es el derecho de trabajo y la política laboral, comparación de la cual resultan o aparecen cua

les son los fines de esta última y al respecto nos dice. "Al de-
recho de trabajo por ejemplo le interesa saber: Qué es el sala-
rio?. Cuáles son las distintas clases de salario? Cómo se paga
el salario?. Cuáles son las medidas de protección del salario?
En cambio a la política laboral no le interesa todo esto, esto
es una cuestión que se da por sabida; a la política laboral le
interesan los lineamientos que se deben seguir para que los tra-
bajadores puedan disfrutar de un salario que los satisfaga a ellos
y a sus familias sus respectivas necesidades. Asimismo, el
Derecho del Trabajo se interesa por saber: Qué es sindicato? ...
Cuáles son las distintas clases de sindicato?. Cómo se organiza
un sindicato?. Cómo se liquida?. En cambio, la Política Laboral
se interesa por encausar la acción sindical a efecto de que esta
acción sindical pueda servir en el desarrollo económico del país.
Al Derecho del Trabajo le interesa saber: Que es un trabajador?
Las distintas clases de trabajadores y los derechos de éstos. En
cambio a la Política Laboral le interesa la superación material
y moral de los trabajadores, así como también que estos trabaja-
dores disfruten de las comodidades y ventajas que presenta la vi-
da moderna. Al Derecho Procesal del Trabajo, le interesa saber? ...
Que es una demanda, que es la contestación de la demanda y la co-
ciliación, qué es la sentencia y los recursos. En cambio a la Po-
lítica Laboral le interesa que la administración de justicia en
materia laboral sea lo suficiente pronta y eficaz para no perjudi-
car a las trabajadoras." (6)

7 - ANÁLISIS DE LA POLÍTICA LABORAL DEL NUEVO CÓDIGO DE TRABAJO -
EN RELACION CON LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y ESPECIFICANTE
EN EL CASO DE LOS DOMESTICOS.

Es necesario aclarar que la política laboral del país no

se encuentra únicamente contenida en el Código de Trabajo, sino que también en nuestra constitución política, específicamente en el capítulo referente al trabajo y previsión social, en la ley del seguro social, en los decretos del salario mínimo, y en el plan de desarrollo económico y social.

En las reformas contenidas en el Código de Trabajo encontramos incrementos de beneficio a favor de los trabajadores y de sus beneficiarios; de lo que resulta una cuestión bastante importante; el Código establece incremento de beneficios a favor de los trabajadores y sus beneficiarios, lo cual es lógico pues no se puede concebir un nuevo Código de Trabajo, que no conlleve un incremento de beneficios a favor de la clase hacia la cual va dirigido, que es la clase trabajadora; necesariamente ésta tenía que ser una política del nuevo Código de trabajo. Lo que tenemos que examinar es: Dónde está esa mejora que conlleva el mejorar el Código de Trabajo en beneficio de los trabajadores?. El Código de Trabajo pudo mejorar a los trabajadores estableciendo incrementos en el salario o en las prestaciones sociales; si revisamos acerca de sí el Código ha dado lineamientos más concretos en lo que respecta al salario, llegaremos a la conclusión de que el Código en materia de salario, no ha mejorado a los trabajadores; la mejora ha estado únicamente en cuanto se refiere a las prestaciones sociales; con mucha mayor razón se podría decir que no ha habido mejora en este sentido para los trabajadores domésticos, por cuanto en beneficio de los mismos no existe un salario mínimo.

La primera diferencia que podemos notar es en cuanto a la conceptualización del salario; mientras que el Código anterior, en el Art. 101, definía el salario "como la retribución en dine

ro que el patrono está obligado a pagar al trabajador por los -- servicios que presta en virtud de un contrato de trabajo"; el Código actual en el Art. 119 tiene un concepto más amplio, dice el Art. 119: "Salario es la retribución en dinero que el patrono es tá obligado a pagar al trabajador por los servicios que le presta, en virtud de un contrato de trabajo, considerarse integrante del salario, todo lo que recibe el trabajador en dinero y que implique retribución de servicios, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como los sobre sueldos y bonificaciones habituales, remuneración del trabajo extraordinario, remuneración del trabajo en días de descanso semanal o de asueto, participación de utilidades". Entonces, en cuanto al concepto de salario, el Código lo amplía un poco más, pero con ésto no establece en el fondo ningún beneficio económico para los trabajadores

Otro artículo que establece mejores prestaciones económicas para los trabajadores es el 177 del actual Código de Trabajo; dice: "Después de un año de trabajo continuo en la misma empresa o establecimiento o bajo la dependencia de un mismo patrono, los trabajadores tendrán derecho a un período de vacaciones cuya duración será de 15 días, los cuales serán remunerados con una --- prestación equivalente al salario ordinario correspondiente a dicho lapso más un 30% del mismo". Ese 30% de recargo que se paga actualmente en la prestación de vacaciones, no aparecía en el Código de Trabajo derogado, de manera que esta prestación si es un nuevo beneficio a favor de los trabajadores.

También se encuentran mejores prestaciones en el Art. 190 del actual Código de Trabajo, que se incorpora como nuevo día de asueto para todos los trabajadores el día sábado de la Semana -- Santa y además amplía el 3 de agosto para todos y no únicamente

para los de la industria y el comercio, como lo establecía el anterior Código.

También hay mejores prestaciones en el Art. 197; el inciso segundo, dice: "Los trabajadores que el día 12 de diciembre no tuvieren un año de servir a un mismo patrono, tendrán derecho a que se les pague la parte proporcional al tiempo laborado de la cantidad que les habría correspondido si hubieren completado un año de servicio a la fecha indicada". Según este artículo, cualquiera que fuere el tiempo que el trabajador tuviere de estar laborando para un patrono el día 12 de diciembre, se le va a pagar el aguinaldo proporcional, mientras que de acuerdo al Código derogado, para poder gozar del aguinaldo proporcional, era necesario que el trabajador hubiese estado laborando por lo menos seis meses consecutivos con el patrono.

El Art. 313 que se refiere a la ayuda en caso de muerte del trabajador, establece una mejor prestación para los beneficiarios; el Art. 313 expresa: "En caso de muerte del trabajador el patrono queda obligado a entregar inmediatamente a las personas que dependían económicamente de aquél, prefiriéndolas por el orden en que las hubiere enumerado en su contrato o, en su defecto, en cualquier registro de la empresa y para que invierta especialmente en el sepelio del trabajador, una cantidad equivalente a 60 días de salario básico; pero en ningún caso la prestación aludida podrá ser inferior a \$250.00."

El Art. 264 del Código derogado únicamente concedía la prestación equivalente a 30 días de salario básico; decía así: "En caso de muerte del trabajador, el patrono quedará obligado a entregar a las personas que dependían económicamente de aquel, pre-

firiéndolas por el orden en que las hubiera enumerado en su contrato y para que se invierta especialmente en el sepelio del trabajador, una cantidad equivalente a 30 días de salario básico."

Otro Artículo que ha mejorado las prestaciones a favor de los beneficiarios es el 337, que dice: "Las indemnizaciones por muerte del trabajador se pagarán en forma de pensiones, así: -- "A los hijos, hasta que cumplan 18 años"; mientras que el Art. 286 del Código de Trabajo derogado, únicamente deba esta prestación a los hijos hasta que cumplieran 16 años; de tal manera que hay allí una modificación.

Por último tenemos el Art. 338 que mejora sustancialmente las prestaciones a favor de los beneficiarios; dice: "El patrono estará obligado a pagar en concepto de indemnización una cantidad que se calculará con base en el salario básico que devenga la víctima y cuya cuantía será: a) De un 40% si sólo hubiere un beneficiario; b) De un 60% si hubieren 2 beneficiarios; c) De un 80% si hubieren 3 beneficiarios; y ch) De un 100% si hubieren 4 o más beneficiarios".

Mientras que el Artículo 287 fijaba esas prestaciones muy por debajo de esos porcentajes; decía: "El patrono está obligado a pagar en concepto de indemnización una cantidad que se calculará en base con el salario básico que devengaba la víctima y cuya cuantía será:

- a) De un 24%, si sólo hubiere un beneficiario;
- b) De un 36%, si hubieren 2 beneficiarios;
- c) De un 48%, si hubieren 3 beneficiarios; y,
- d) De un 60% si hubieren 4 o más beneficiarios".

Decía que el primer lineamiento político importante que se encuentra en el nuevo Código de Trabajo es el incremento de los beneficios a favor de los trabajadores y de sus beneficiarios; ahora bien, según el análisis anterior, ese incremento se ha hecho vía prestaciones sociales y no vía salario, los salarios -- prácticamente han quedado lo mismo. Tomando en consideración la coordinación que debe haber entre la política laboral y la Política Económica del Estado, preguntamos si la actitud tomada por el legislador es correcta o no es correcta; ocurre el fenómeno -- que las prestaciones sociales se obtienen de vez en cuando, ya sea cuando ocurre algún infortunio o cuando llega alguna fecha determinada, mientras que el salario es algo que se gana todos los días y que llega permanentemente a manos de todos los trabajadores. Desde un punto de vista de expansión económica, podríamos decir que esta política del legislador no es adecuada, porque si necesitamos entrar en un proceso de desarrollo económico, es necesario que la masa trabajadora disponga de un mayor poder de consumo, puesto que si la masa trabajadora no dispone de poder de consumo las empresas no podrán vender los bienes que producen y la economía se estanca.

Ustedes conocen perfectamente como opera el efecto multiplicador de la renta: entre mayor sea la propensión marginal al consumo de la persona que recibe un ingreso, mayor será el efecto multiplicador de la renta y en cuanto mayor sea la propensión marginal al ahorro menor será el efecto multiplicador. Hubiera sido conveniente que el Código estableciera normas más favorables en materia de salario para que los trabajadores dispusieran de mayor ingreso y por lo tanto de mayor capacidad de consumo; y es que, como ustedes bien comprenden, la clase trabajadora debido a

su bajo ingreso tiene una propensión marginal al consumo casi del 100% y ésto es lo que ayuda a la expansión económica.

Al Plan de Desarrollo Económico y Social expresar: "La Política Laboral, es uno de los instrumentos a utilizarse para influir directamente en la distribución del ingreso; el nuevo Código de Trabajo, contiene normas de mayor contenido social sobre política salarial, sobre prestaciones sociales compatibles con una existencia digna. Esto no es cierto, el nuevo Código contempla normas de mayor contenido social, en cuanto se refiere a prestaciones sociales, pero no contempla normas de mayor contenido social, en lo que se refiere a política salarial.

La segunda política importante que encontramos en el Código de Trabajo trata de la disminución de la tasa de desempleo; por medio del Código de Trabajo vigente, el Gobierno ha tratado de disminuir la tasa de desempleo que en este país es grande; esta política se encuentra reflejada en los artículos 169 y 170. Dice el Art. 169: "Todo trabajo verificado en exceso de la jornada ordinaria, será remunerado con un recargo consistente en el ciento por ciento del salario básico por hora, hasta el límite legal. Los trabajos que por fuerza mayor como en caso de incendio, terremoto y otros semejantes tuvieren que realizarse excediendo de la jornada ordinaria, se remunerarán solamente con salario básico. El Art. 170 dice: "El trabajo en horas extraordinarias sólo podrá pactarse en forma ocasional, cuando circunstancias imprevistas, especiales o necesarias así lo exijan.

Además de prohibir el trabajo en tiempo extraordinario, el legislador aumentó el pago del recargo por tiempo extra; conforme el Código anterior, ese recargo era del 50%, pero de acuerdo

con el Código vigente, el recargo del tiempo extra es del cien por ciento; la intención es que el patrono, al hacer que los trabajadores laboren tiempo extra, se sienta bastante lastimado en sus intereses económicos al tener que pagar un recargo del cien por ciento. El aumento del recargo no persigue mejorar económicamente al trabajador, sino que pretende evitar que el patrono haga laborar a los trabajadores en tiempo extra; la cuestión no va orientada en beneficio de los trabajadores que ya se encuentran laborando, sino que mas bien va orientada en contra del patrono; parece ser que este incremento del cien por ciento, es un castigo o sanción que se impone a los patronos que hacen trabajar tiempo extra a los trabajadores, a fin de que en lugar de pagar ese recargo oir tiempo extraordinario mejor decidan incorporar trabajadores nuevos.

La tercera gran política que encontramos en el Código de -- trabajo, se refiere a la aproximación de las distintas categorías de trabajadores; se trata de una aproximación y no de una equiparación, es decir todavía existen diferencias en las categorías de trabajadores, pero se ha tratado de hacerlas menos notorias. El Art. 58 del Código de trabajo vigente, que se refiere a la indemnización por despido, establece una indemnización equivalente al salario básico de 30 días por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción de año; esta prestación de la indemnización, de acuerdo con el nuevo Código de Trabajo, en común para todos -- los trabajadores; si observamos el Artículo equivalente en el Código derogado (Art. 52), nos daremos cuenta que allí existía una discriminación que era bastante injusta; decía el inciso tercero; "Si se tratare de trabajadores de servicio doméstico la indemnización será equivalente al salario básico de 10 días por cada año -

de servicio y proporcionalmente por fracciones al año." De manera que el Código anterior, cuando se trataba de trabajadores domésticos, la indemnización por despido se reducía únicamente al equivalente de 10 días de salario por año. El nuevo Código ha equiparado los trabajadores domésticos al resto de trabajadores.

Según el Art. 80 del Código de Trabajo vigente, los trabajadores domésticos tienen derecho a un día de descanso remunerado cada semana laboral; de acuerdo con el Art. 63 del Código derogado, únicamente tenían derecho, los trabajadores domésticos, a medio día de descanso cada semana o sea un día de descanso cada 15 días; en ésto también ha habido una equiparación.

Aún cuando no hay una equiparación en cuanto a lo que se refiere a la jornada laboral de los trabajadores del servicio doméstico, si se puede decir que ha habido un alivio; el mismo Art. 80 que se ha citado, dice: "El trabajador del servicio doméstico no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de 12 horas diarias o sea que la jornada de trabajo de los domésticos ha quedado reducida a 12 horas; de acuerdo con el Art. 73 del anterior Código de Trabajo, el descanso era de 10 horas únicamente o sea que su jornada diaria laboral está fijada en 14 horas.

En cuanto a las vacaciones anuales, el Art. 177 establece un lapso de 15 días para todos los trabajadores, mientras que el Art. 155 del Código derogado discriminaba, y a los trabajadores agropecuarios y de servicio doméstico les fijaba únicamente un período de 6 días.

B I B L I O G R A F I A

1 - Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres

Tratado de Política Laboral y Social, Tomo I, Pág. 423, Editorial Realista, Buenos Aires, Argentina.

- 2.- Dr. Luis Alfonso Méndez Conferencia pronunciada el 20 de junio de 1973, en el Seminario sobre Derecho del Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador, publicada en la revista de Derecho No. 2, Pág. 135 a 137.
- 3.- Luis Alcalá Zamora y -
Castillo y Guillermo -
Cabanellas de Torres Obra citada.
- 4.- " " " "
- 5.- " " " "
- 6.- Dr. Luis Alfonso Méndez. Obra citada, Págs. 135 a 137.

CAPITULO XXIII

FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSION DE LOS BENEFICIOS DE LA LEGISLACION
LABORAL A LOS TRABAJADORES DOMESTICOS

Qué razón motiva que una prestación de servicios subordinada a otras muchas, sea motivo de exclusión de las normas contenidas en la legislación laboral? Se ha intentado explicar el fenómeno estimado que tal criterio obedece a la convicción de que "no era propio de las leyes destinadas a proteger al obrero fabril, en un trabajo rudo, ejecutado en un medio especial debiera extenderse al seno de los hogares, aparte de que la inspección y vigilancia sería ineficaz en éstos". Pero lo que era cierto hace pocos años atrás ha dejado de serlo, pues la protección de las leyes laborales alcanza actualmente no sólo al obrero manual y si también al trabajador intelectual; se ha llegado a extender dicha protección, incluso a quienes revisten elevadas categorías en la empresa; tampoco la circunstancia de que no sea posible verificar en el seno de los hogares la necesaria inspección y vigilancia puede constituir argumento valedero, pues la protección se dispensa en otros beneficios que pueden hacerse efectivos sin necesidad de esa inspección y vigilancia, como ocurre con la mayoría de los que integran la mencionada legislación, ya que en ésta, excepción de la jornada y la forma de ejecutar el trabajo, esos beneficios se originan y aplican con exclusión al lugar donde se prestan los servicios.

Se pretende excluir del ámbito laboral al servicio doméstico por razón de la forma en que se desarrollan las relaciones entre quienes prestan los servicios y quienes los reciben, olvidando de que es la finalidad perseguida por las partes lo que deter

mina la naturaleza del vínculo y no ésta por causa de las dificultades o menores dificultades que para la aplicación de la Ley pueden producirse.

Las razones justificantes de que el servicio doméstico haya sido extraído de la legislación laboral los resume así Da Cunha Goncavez. "a) en el servicio doméstico no es posible que haya un gremio de patronos, ni reglas uniformes; pues son forzosamente diversas las condiciones en que los criados prestan sus servicios: condiciones que dependen de la situación económica y social, hábitos de vida, medios pecuniarios de los amos: b) en el servicio doméstico, por lo menos en algunos países, predomina el paternalismo y no el patronalismo: las relaciones entre amos y criados no son puramente económicas." (1)

B I B L I O G R A F I A

- 1 - Dacunha Goncavez, Derecho del Trabajo, Pág. 45.

CAPITULO XXIV

CAUSAS QUE HAN INFLUIDO EN LA DECLINACION NUMERICA DE LOS SERVIDORES DOMESTICOS.-

Con relación a este tema, los tratadistas Cabanellas, Zamora y Castillo nos dicen:

"A partir de la primera post-guerra mundial, por las innumerables transformaciones que significó, sobre todo debido a la movilización industrial de las mujeres durante las hostilidades, el servicio doméstico insinuó una declinación numérica, intensificada después que para algunos perseguía en no lejana desaparición. Las causas concretas que han originado o impulsado ese fenómeno, son:

- a).- La mecanización del hogar, que hace más llevaderas las tareas domésticas a las propias amas de casa.
- b).- La expansión industrial, con salarios más tentadores que los caseros y una mayor independencia personal.
- c).- La evolución de la vida familiar, con tareas que se prestan por ciertas empresas, como las lavanderías, agencias encendedoras, restaurantes y otras.
- d).- El mayor desarrollo cultural, que hace perspectivas, de trabajo no manuales a los que antes debían contentarse con tareas subalternas". (1).

Asimismo agregan los tratadistas Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas "a ese proceso social acompaña paralelamente el de la transformación jurídica de la prestación doméstica. En efecto, la fijación de horarios, aunque mas o menos amplios, para realizar las tareas domésticas (incluso cuando se convive plenamente, por compartir comidas y techo); la determina

ción y uso de los descansos semanales o "salidas", como típicamente suelen denominarse; el disfrute de vacaciones anuales, ya con pleno alejamiento del lugar de trabajo y de residencia; el encuadramiento progresivo en el régimen de los accidentes de trabajo; los salarios más remunerados; el trato menos rudo para los servidores domésticos los van asimilando progresivamente a los trabajadores más genuinos de los reglamentos laborales y más aún en la modalidad, tan frecuente en grandes poblaciones del servicio doméstico regulado rígidamente por horas, con retribución ajustada a ellas, y retiro del servidor o servidora a su domicilio concluidas las tareas, transcurrido el lapso convenido, la frontera con el resto de los trabajadores en general se debilita hasta borrararse por completo, salvo siempre lo peculiar de las actividades materiales, lo cual no afecta al nexo jurídico". (2)

ELLIOTEN en su Revista Internacional del Trabajo de febrero de 1951 dice: "Que en la primera mitad del siglo XX se produjeron en el Reino Unido cambios sociales tan radicales como los que provocó la Revolución Industrial del Siglo XIX. Uno de los más notables fue el empleo creciente de la mano de obra femenina. Hecho que determinó la declaración del Servicio doméstico, por las causas siguientes:

- a).- El desprecio que se tiene actualmente por esta clase de actividad, debido a su carácter servil.
- b).- El tratamiento de que son frecuentemente objeto las personas que se dedican a este género de actividades;
- c).- De la circunstancia de ser considerada esta ocupación como propia de personas desprovistas de toda inteligencia y preparación;
- d).- De la falta de un estatuto legal que, por sus disposiciones, transforman el contrato de arrendamiento de servicios que -

actualmente celebran los servidores en un contrato de trabajo;

e).- De la extensión de la cultura a todas las etapas sociales y el progreso general." (3)

Estas circunstancias han acelerado en nuestros días la tendencia a abandonar el servicio doméstico por otras ocupaciones antes inaccesibles a las mujeres.

Dicha declinación se intensificó aún más por las causas siguientes:

- a).- Cuando la legislación laboral moderna provocó la humanización del trabajo y especialmente cuando los adelantos tecnológicos, al simplificar los procesos industriales y aumentar el número de tareas livianas dieron oportunidad a la mujer de ingresar a las industrias.
- b).- La forma lenta en que se está integrando el estatuto legal de esta categoría de trabajadores, que siguen todavía a merced de la arbitrariedad o de las autoridades etimidad del dueño de casa, sujeto, por falta de normas adecuadas a una verdadera sumisión.
- c).- Y en nuestro medio, se puede agregar el hecho de la "magnífica remuneración", que se han fijado para los trabajos de temporada, en relación con los domésticos como son el algodón, la caña, café, etc.

B I B L I O G R A F I A

- 1 - Luis Alcalá Zamora y Castillo
- 2 - Guillermo Cabanellas de Torres; Tratado de Política Laboral y Social, Vol. II, Pág. 255 y 256 Editorial Heliasa Buenos Aires, Argentina.
- 3 - Ellioten Rev. Internacional del Trabajo, Febrero de 1951.

CAPITUL XXV

LA OBRA DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Con relación a la obra realizada por OIT, el tratadista, Mario Devealí, nos dice:

"La organización internacional del Trabajo, institución de Derecho Internacional Público, formada por los Estados miembros y cantida demócráticamente por los representantes de los gobiernos, de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y tiene como misión promover la justicia social en todos los países del mundo. Para esta finalidad, acopia referencia de las condiciones sociales y del trabajo, formulando normas mínimas y vigilando sus aplicaciones.

Al respecto, el tratadista Mario Devealí nos dice: "La organización Internacional del trabajo comenzó a ocuparse de los trabajadores domésticos en 1927, con motivo de adoptar la conferencia el proyecto de convenio 24 en la décima reunión de Ginebra. Este convenio se propuso instituir el seguro obligatorio de enfermedad con un alcance muy amplio. Se refirió "a los trabajadores empleados y aprendices de las empresas industriales y de las empresas comerciales, a los trabajadores a domicilio y al servicio doméstico (Art. 2) Más adelante, la decimoséptima reunión, celebrada también en Ginebra, sede de la organización, durante el mes de junio de 1933, adotó seis proyectos de convenios internacionales referidos a la seguridad social, tres de ellos destinados a las actividades citadas y los otros tres a la agricultura con la particularidad de que también comprendió en sus cláusulas a los trabajadores domésticos que estén al servicio personal de empleados agrícolas. Por orden numérico estas conven-

ciones se refieren: la 35, al Seguro obligatorio de vejes la 36, a la misma contingencias para la agricultura; la 37 al seguro obligatorio de invalidez; la 38, sobre lo mismo para la agricultura; la 39, al seguro también obligatorio para el caso de muerte y la 40, sobre la misma contingencia para la agricultura". (1)

En atención a la importancia que reviste el servicio doméstico, como también en razón del descuido jurídico en que se encuentran quienes en él se desempeñan y con el propósito de estudiar el problema de las mejoras de la situación y situaciones, las condiciones de empleo del personal de este servicio, el consejo de administración se reunió en junio de 1950 en Ginebra convocando a un conato de expertos; en relación a ello, el tratadista Julio C. Rojas, nos dice: "en esa oportunidad se documentó sumariamente lo relativo al estado y condiciones generales de este empleo, fijándose los temas principales de examen. En una mirada panorámica internacional, se arribó a la conclusión de que la reglamentación del servicio doméstico se efectúa de dos maneras: - por disposiciones legales o por contratos tipos. En la primera manera a su vez existen dos sistemas parecidos, pues en algunos países hay una legislación especial reglamentando las condiciones de trabajo y protección del personal doméstico, Australia -- 1942, Suecia 1944, etc. En los países donde no existe una ley especial la protección de este personal es de carácter fragmentario y ofrece sensibles lagunas así son excluidos del campo de aplicación de la legislación social general aplicable a la industria y al comercio pero en muchas naciones la legislación general sobre el trabajo acuerda ciertos beneficios a esta clase laboral, como por ejemplo, edad mínima de admisión al empleo, al descanso, las vacaciones pagadas, salario mínimo etc. (Bolivia, Chile, Gua-

temala, Panamá, etc.). Entre las vacaciones que han fijado los derechos y obligaciones del personal doméstico en contrato tipos, se enumeran Suiza, Bélgica y los Estados Unidos." (2)

En conclusión, las recomendaciones hechas por los expertos de la Organización Internacional de Trabajo, se refiere mas que todo; a la duración de la Jornada, a los motivos o causas de terminación del contrato de trabajo, a la alimentación, al alojamiento, a la defensa de la salud y seguridad social de servidor doméstico; habiendo nuestro estatuto acogido alguno de ellos en beneficio de dichos trabajadores, por lo que considero que la labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo puede catalogarse como meritoria.

B I B L I O G R A F I A

- 1 - Delleali Mario; Tratado de Derecho del Trabajo, T. III, Pág. 649-650, Ed. la Ley, Buenos Aires Argentina.
- 2 - Julio C. Rojas El Servicio Doméstico. Su regimen Jurídico, Vol. único, Pág. 76, Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO XXVI

C O N C L U S I O N E S

Después de haber desarrollado el presente punto de tesis podemos afirmar que más que asistir al fin del servicio doméstico, estemos en este momento, presenciando su transformación y constituirse en un contrato de trabajo común y corriente y no sujeto a un régimen especial, como se encuentra en la actualidad.

En efecto; todo hace pensar que el servicio doméstico está evadiendo los cuadros del arrendamiento de servicios y convirtiéndose poco a poco en un verdadero contrato de trabajo, es decir, en una forma atenuada y digna de la actividad subordinada.

Como se sabe, cada vez es mayor el número de reformas al Código de trabajo que beneficia a esta clase de servidores. Este proceso de conversión se ha iniciado en todas las legislaciones de Latinoamérica y en especial en nuestro país, encaminado claramente hacia una total equiparación con los demás trabajadores, como quedó establecido en el capítulo XVI ya desarrollado; asimismo vimos que también ya se han hecho estudios tendientes a assimilar a dicha clase de trabajadores a los beneficios que ofrece el régimen del Seguro Social en nuestro país, lo cual ya es bastante, aunque todavía no gozan de tales beneficios, pues como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, anteriormente no sólo le pertenecían al amo sus fuerzas de trabajo, sino que también sus vidas.

Ahora bien, cuando el legislador no establezca en los textos legales ninguna discriminación entre el trabajador doméstico y el trabajador en general, cuando las leyes de trabajo sean a-

plicables a unos y otros, cuando este proceso de equiparación termine, lo cual se ve muy próximo, el servidor doméstico será un trabajador como los demás y su contrato un Contrato de Trabajo, no sujeto a regimen especial.

Por constituir el trabajo un deber social, surge la necesidad correlativa de coordinar las actividades de todos y de ceder incluso a quien tiene la responsabilidad del proceso industrial, la dirección de dicha actividad. El contrato de Trabajo crea así un estado de subordinación formal y limitada, mientras el arrendamiento, por su origen y su concepción, confirió y confiere el uso discrecional de la persona o de la actividad humana.

Hasta hace poco, como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, el trabajador doméstico, excluido en absoluto de la tutela de las leyes laborales, no tenía derecho a descanso, ni a vacaciones, debía estar a la orden del patrono durante las veinticuatro horas del día y podía ser despedido en cualquier momento sin expresión de causa. Ahora bien; a medida que la legislación del trabajo fue penetrando en el servicio doméstico, la relación jurídica que origina dicho servicio ha ido pasando de la locación al regimen del contrato de trabajo, regulado aunque sea en una forma especial.

La modificación que ha ido experimentando este contrato a través del tiempo, comprende no sólo los beneficios que se le ha otorgado al trabajador, sino hasta la forma en que tal servicio debe prestarse, es decir, sin la humillación que significaba anteriormente para estos trabajadores desarrollar esta actividad.

Cuando desarrollé el capítulo referente a las condiciones de trabajo a las que encuentran sujetos los trabajadores domésticos, en relación con los demás trabajadores, quedó establecido -

claramente que esta clase de servidores han conseguido una serie de beneficios que anteriormente no los tenían, como es el derecho a días de asueto, vacaciones, aguinaldo, descanso semanal, a ser indemnizados, etc.; lo cual desde luego ha influido notablemente para humanizar más esta clase de servicio tan necesario en nuestros tiempos, lo cual desde luego, no podía haber sido de otra manera, debido en primer lugar a razones humanas y en segundo a razones legales, pues, para nuestra carta magna todos los hombres son iguales ante la Ley sin distinción de raza, sexo, credos políticos, etc.

No obstante lo anterior aún existen, sin motivo alguno diferencias sustanciales entre la forma en que se regula por nuestro Código de Trabajo las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos y de los trabajadores en general, tales como:

- 1 - El hecho de que los primeros treinta días de trabajo de los trabajadores domésticos se consideran de prueba, lo cual implica que si un patrono despide a un trabajador doméstico durante dicho período de tiempo, no tiene la obligación de indemnizarlo, volviéndose en este caso nugatorio el derecho de la indemnización para el trabajador doméstico; en cambio, para que un trabajador no doméstico sea despedido por su patrono sin responsabilidad durante el período de tiempo antes indicado, tiene que celebrar el contrato a prueba;
- 2 - El hecho de que se faculte al patrono a celebrar con el trabajador doméstico el contrato de trabajo en una forma verbal;
- 3 - El no tener derecho los trabajadores domésticos a un salario mínimo que cubra sus necesidades más elementales, por lo que la fijación de dicho salario queda al libre acuerdo de volun

tades de las partes, constituyendo ésto un resabio palpable de liberalismo.

- 4 - El haber sido excluidos en una forma categórica de los beneficios que ofrece el regimen del Seguro Social.
- 5 - El hecho de no estar sujeto a horario como los demás trabajadores;
- 6 - El haberles impuesto una jornada de 12 horas diarias, a diferencia de los demás trabajadores que es de 8 horas, salvo las excepciones legales;
- 7 - El imponérseles, como consecuencia de lo anterior, una jornada semanal de 72 horas a diferencia de los demás trabajadores que es de 44 horas, salvo también ciertas excepciones.
- 8 - El hecho de facultar al patrono para poder acumular hasta en número de tres, los días de descanso semanal de los domésticos.
- 9 - El facultar al patrono para obligar al trabajador doméstico a labores durante los días de asueto.

Estas y otras injusticias son las que hacen a esta actividad hasta cierto punto inhumana, pero espero que dentro de algún corto tiempo, tales injusticias desaparezcan, a fin de que se equiparen a los demás trabajadores.