

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS, AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993.



“LAS PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO EN EL SALVADOR”.

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA
OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

PRESENTADO POR:

MAYRA BEATRIZ SANTAMARIA HERNANDEZ SH05031

HECTOR ARMANDO BARRERA PADILLA BP06004

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. JOSÉ LUIS ALBERTO MONGE

CIUDAD UNIVERSITARIA, 30 DE MAYO DE 2012.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADÉMICO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LIC. NELSON BOANERGES LOPEZ CARRILLO
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LIC. DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICENCIADO JOSÉ LUIS ALBERTO MONGE
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

INDICE

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION.....	1
1.1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN SU CONTEXTO SOCIO-HISTÓRICO.....	1
1.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:	6
1.3 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.	11
1.4 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.	14
1.5 DELIMITACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.	14
1.5.1 TEMPORAL.	14
1.5.2 ESPACIAL.	15
1.5.3 UNIDADES DE OBSERVACIÓN.....	15
1.5.4 DELIMITACION TEORICO-CONCEPTUAL.....	15
1.6 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.	16
1.6.1 OBJETIVO GENERAL.....	16
1.6.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	16
1.7 JUSTIFICACION DEL PROBLEMA.	16
1.8 SISTEMA DE HIPOTESIS.	19
1.8.1 HIPOTESIS GENERAL.....	19
1.8.2 HIPOTESIS ESPECÍFICAS.....	20
1.9 METODOS, TECNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....	20
1.9.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN.	20
1.9.2 NIVELES DE INVESTIGACIÓN:	24
1.9.3 MÉTODOS GENERALES.....	26
1.9.4 MÉTODOS ESPECÍFICOS:	28
1.9.5 METODOS UTILIZADOS EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.	32
CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL SALVADOR.	34
2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE CRIADOS DOMÉSTICOS.	34
2.2 LEGISLACIÓN SECUNDARIA QUE EXCLUYO AL TRABAJADOR DOMÉSTICO.....	36

CAPITULO III: MARCO TEORICO CONCEPTUAL DEL DERECHO LABORAL.....	48
3.1 DEFINICIÓN DE DERECHO LABORAL.....	48
3.2 NATURALEZA JURIDICA.....	50
3.3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO LABORAL.....	51
3.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.....	58
3.4.1 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD	59
3.4.2 PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO	59
3.4.3 PRINCIPIO DE CONSOLIDACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS	61
3.4.4 PRINCIPIO DE JUSTICIA SOCIAL	61
3.5 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL	62
CAPITULO IV: ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE QUE REGULA AL TRABAJADOR DOMÉSTICO.....	72
4.1 EL DERECHO NACIONAL	72
4.2 EL DERECHO INTERNACIONAL RATIFICADO POR EL SALVADOR.....	93
4.3 ESPECIAL MENCIÓN AL CONVENIO 189 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	99
CAPITULO V: LAS PRESTACIONES LABORALES.....	106
5.1 LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PRESTACIONES LABORALES.....	106
5.1.1 PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL REGULADA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO..	112
5.1.2 PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL REGULADA EN LAS LEYES DEL SEGURO SOCIAL	132
5.2 PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO	147
5.2.1 JORNADA LABORAL.....	147
5.2.2 SALARIO.....	157
5.2.3 DESCANSO SEMANAL.....	165
5.2.4 ASUETOS	169
5.2.5 AGUINALDO	172
5.2.6 ESTABILIDAD LABORAL.....	176
5.2.7 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DE HECHO.....	182
5.2.8 VACACIÓN ANUAL REMUNERADA	188

5.2.9	HABITACIÓN Y ALIMENTACIÓN.....	194
CAPITULO VI: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO		197
6.1	INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS.	197
6.2	ANALISIS DE LA ENTREVISTA REALIZADA A LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	212
6.3	INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA PRACTICADA A LOS PATRONOS DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS.....	217
CAPITULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.		232
7.1	CONCLUSIONES.....	232
7.2	RECOMENDACIONES.....	240
BIBLIOGRAFIA.....		242
ANEXOS.....		259

INTRODUCCION

El presente informe final de investigación titulado: “Las prestaciones laborales del trabajador doméstico en El Salvador ”, tiene por objetivo presentar un estudio científico de carácter socio jurídico, referente a las diferencias en las prestaciones laborales para el trabajador doméstico, respecto del trabajador común; lo que se trata de hacer con este trabajo es identificar y dar a conocer las diferencias de las prestaciones laborales que se aplican al trabajador doméstico con respecto al trabajador común; diferencias que generan desigualdad en sus derechos. Se busca además, conocer las causas sociales, culturales y jurídicas que conllevaron, según la historia a un trato diferente para este sector; y las posibles soluciones que pueden plantearse para lograr que no se violenten sus derechos.

Se espera que este trabajo de investigación se convierta en un aporte para todos los sectores que tengan interés en la protección de los derechos laborales, y cumplir así con el requisito de seminario de graduación para optar al grado de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas.

El informe final se encuentra redactado en siete capítulos, que se describen a continuación:

El Capítulo uno: Contiene el planteamiento del problema y el manejo metodológico de la investigación, donde se identifica el enunciado del problema, la delimitación del problema, justificación, los objetivos, las hipótesis y la metodología utilizada, consistente en el método hipotético deductivo; así como, la muestra probabilística y el muestreo no probabilístico de la información.

El Capítulo dos: denominado “Antecedentes históricos del trabajo doméstico en El Salvador”, en él se establecen los antecedentes históricos de cómo se

reguló el trabajo doméstico, es decir, las causas culturales que le dieron origen a esta regulación, el contrato de arrendamiento de criados domésticos, y finalmente la legislación secundaria que excluyó al trabajador doméstico.

En el Capítulo tres, denominado “Marco Teórico Conceptual”, se presentan en un primer apartado las definiciones y diferentes acepciones que se tienen sobre el concepto del Derecho Laboral, dadas por diferentes autores; asimismo, se plantean en los siguientes apartados la naturaleza jurídica del Derecho Laboral, las características del Derecho Laboral, así como las distintas posiciones que defienden una serie de autores sobre el tema, los distintos principios del Derecho Laboral, y finalmente los sujetos que intervienen en la aplicación del Derecho Laboral.

El Capítulo cuatro se denomina “Ordenamiento Jurídico vigente que regula al trabajador doméstico”. En este capítulo se presentan los diversos instrumentos nacionales e internacionales que han servido para la presente investigación, retomando por lo general de cada uno de éstos los artículos, capítulos o títulos, que tiene relación con la protección al trabajador doméstico. Se ha dividido el capítulo en tres partes, la primera en la que se examina el derecho nacional, en donde se ha tomado como base la Constitución de la República, el Código de Trabajo, y el Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos; en la segunda parte se retoma la Legislación Internacional, inmersa dentro de ella se enlistan una serie de Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, que regulan en general el Derecho del Trabajo, pero se aclara que en ninguno se regula lo referente al trabajador doméstico, y por últimos se hace especial mención al Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio que es el primer instrumento que regula de forma específica y amplia el trabajo doméstico,

además de regular puntualmente derechos esenciales que por lo general las leyes secundarias dejan como vacíos.

El Capítulo cinco denominado “Las prestaciones Laborales” contiene el resultado central de lo investigado, por cuanto en este capítulo se hace referencia en un primer momento a la seguridad social y a las prestaciones laborales, y se plantea lo que establece la doctrina en cuanto al tema, así como la ambigüedad en cuanto al uso de los términos como sinónimos; de igual forma se desarrolla detalladamente cada una de las prestaciones laborales reguladas para el trabajador común, estas son: Jornada Laboral, Salario, Asuetos, Aguinaldo, Estabilidad Laboral, Descanso Semanal, Indemnización por despido de hecho, Vacación Anual Remunerada y por último la Alimentación y Habitación; haciendo hincapié al final en la diferencia que respecto al trabajador doméstico se regula en cada una de éstas.

En el Capítulo seis, se presenta el análisis e interpretación de resultados de las encuestas y entrevistas realizadas, lo cual es presentado de tal forma que sea de fácil comprensión para el lector.

En el Capítulo siete, se finaliza con las conclusiones a las que se han llegado en la presente investigación, así como las recomendaciones que se realizan con la misma; también se presenta la variada bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación, y finalmente los anexos del trabajo que consisten en: los convenios que fueron de especial interés en la investigación, los cuestionarios utilizados, la cédula de entrevista y un cuadro comparativo de la regulación de las prestaciones laborales para los distintos regímenes especiales.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION.

1.1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN SU CONTEXTO SOCIO- HISTÓRICO.

La humanidad, según la teoría marxista, ha pasado y pasará por diversos modos de producción, los cuales han sido enumerados como: Comunidad Primitiva, Esclavismo, Feudalismo, Capitalismo; y otros que aún no se han experimentado, sino de manera excepcional.

Una institución fáctica se ha observado en todos, y es la institución del trabajo doméstico. Este ha sido perenne a lo largo de la humanidad en las diversas culturas del globo. Ciertamente los factores que lo han determinado han sido varios, y dependiendo del modo de producción predominante en el momento, así también ha sido el nombre que han ocupado las personas que han realizado los servicios domésticos en un hogar. Se debe recordar que en el esclavismo eran los esclavos, en el feudalismo los siervos y en el actual modo de producción capitalista son trabajadores o empleados domésticos sencillamente¹.

El trabajador de servicio doméstico ha sido uno de los tipos que más ha costado definir y conceptualizar en nuestra historia. Néstor de Buen, en su libro llamado “Derecho Del Trabajo”, 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

¹ALFARO PÉREZ, L. E, y otros *“La Violación de los Derechos Laborales en Aplicación de la Subcontratación de los trabajadores en el año 2009”*, Tesis, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010, pág. 16.

jóvenes, desempeño de oficinas de cuenta y razón y demás de iguales y semejantes clases”².

Colombo dirá que la expresión servicio doméstico está referida a un sujeto de trabajo tan antiguo como el mundo civilizado, ya sea bajo la forma de esclavitud o bajo la forma moderna más compatible con los progresos alcanzados por la humanidad, desempeñando un papel importante en los conglomerados sociales. Siempre han existido individuos y familias que, para evitar las faenas inherentes a la conservación de sus personas y de sus casas, se han valido del trabajo ajeno³.

Tal es así, que en la antigua Roma, los oficios manuales eran desempeñados por los esclavos, quienes además desempeñaban los quehaceres domésticos, velando por la seguridad de las familias. En esta cultura de la antigüedad, “la forma jurídica adoptada en Roma como arrendamiento de servicios fue el llamado régimen de la locatio”⁴; no se debe olvidar que en este modo de producción, hablamos del esclavismo, los seres humanos podían ser considerados como propiedad de otro ser humano⁵. Eventualmente, por supuesto, las cosas fueron cambiando y de esclavos se pasó a siervos de la gleba⁶, personas adscritas a la tierra, que desempeñaban muchos de los trabajos manuales. En estos momentos históricos propiamente dichos, no se puede hablar siquiera de un contrato de trabajo, debido principalmente a que en el primero, el trabajador era de hecho propiedad del esclavista, por lo que la relación que existía entre el que realizaba las labores del hogar y el dueño de dicho hogar era una relación

²RODRÍGUEZ AUÉRBACH, J. A.; “*El Trabajo Doméstico en el Código de Trabajo*”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1980, pág. 3.

³ FERREIROS, E. M. y otros; “*Servicio Doméstico*”, Ediciones del Norte, Buenos Aires, Argentina, 1989, pág. 46. Aquí la autora nombra a COLOMBO, *Régimen jurídico del servicio doméstico*: LL 119 – 15

⁴ GARCÍA CUBIAS, H. R.; y otros; “*La falta de protección de la legislación laboral salvadoreña en las trabajadoras domésticas*”, tesis, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2003 , pag.20

⁵Ibíd. pág. 21

⁶Ibíd. Pág. 23

civil de derecho real, ya que el dueño del hogar era de hecho dueño del trabajador. Similar relación existía, aunque no de dominio, en el feudalismo. Así pues, no se puede hablar de una relación jurídica contractual en estos modos de producción, pero eso no significa que no sean antecedentes del tema investigado.

Si bien las cosas cambian con el paso del tiempo y surge el capitalismo, no debemos olvidar que todo lo que existe ahora se debe al pasado; el actual modo de producción no surgió de la nada, para constituirse en una realidad determinada, sino que germinó de las instituciones del pasado junto con sus respectivas normas jurídicas. Y es que el derecho romano tiene una notable influencia aun en nuestra época; cosa que no debemos de perder de vista, ya que tal sistema normativo inspiró muchas de nuestras instituciones. Por muchos años existió una visión romanista del contrato de trabajo, tal era así que por mucho tiempo el contrato de trabajo era igual a hablar del contrato de arrendamiento de servicios⁷, aun y cuando, en nuestro propio sistema legal, en su momento, existió un contrato especial de arrendamiento.

En este punto cabe hacer una delimitación de términos. Para efectos prácticos llamamos trabajador doméstico en sentido amplio a toda persona humana que realice servicios de carácter domésticos para otra persona, no importando si esta persona es esclava, sierva, proletaria. Sin embargo, y en la misma línea, es llamado trabajador doméstico en sentido estricto a toda persona que tenga un vínculo laboral con otra persona llamada patrono, en un contrato con sus características sinalagmáticas; en pocas palabras, en sentido estricto, limitaremos dicha conceptualización sólo al proletario; que es el más acorde a nuestro actual modo de producción. El trabajador doméstico, ciertamente, en la historia, tuvo cierta importancia, así: “en España, en los

⁷Ibid. Pág. 22

siglos XII y XVI, uno de los factores que predominaban a nivel aristocrático era el hecho de contar con numerosos servidores, lo cual se facilitaba por lo barato que resulta esa mano de obra. Hasta ese momento, entre más sirvientes se poseían mucho más orgullo social significaba la clase aristocrática”⁸.

El trabajo doméstico fue considerado como humillante por muchos años⁹, aun así, ya “a fines del siglo XIV el tema preocupó a los gobernantes y Enrique II, en las Cortes de Toro, promulgó las primeras ordenanzas, en cuanto a que quienes quisieran trabajar se presentaran en las plazas de los pueblos”¹⁰. En este punto se recalca la poca regulación que ha existido de esta institución, pero manteniendo el siguiente pensamiento: aún en dichas épocas pretéritas se dieron los gérmenes de una incipiente regulación, como lo observamos en el presente ejemplo.

El derecho, como es bien sabido, intenta regular las diferentes situaciones y relaciones del ser humano. Estas relaciones, por ende, buscan tener cabida en los ordenamientos de carácter general que son elaborados, verbigracia el Código Civil, el cual regula lo que la tradición romanista ha llamado derecho privado, en donde toda actividad humana que, a modo de ejemplo, constituya el intercambio de un bien mueble por una suma de dinero, se llama compraventa. En otras palabras el derecho intenta regular los vínculos existentes entre los seres humanos; siguiendo esa lógica, no podemos dejar de lado lo que es por supuesto el trabajo doméstico, que al menos en el actual modo de producción es un contrato. Sin embargo, afirmar que el trabajo doméstico no ha sido regulado sería falso, pues de hecho sí han existido regulaciones aunque sean someras. Es así como en la historia humana, en una u otra forma, se han establecido normas sobre esta

⁸Ibíd. Pág. 24

⁹ FERREIROS, E. M.; y otro; óp. cit. pág. 48

¹⁰Ibíd.

institución; los municipios, por ejemplo, se encargaban de organizar estos servicios¹¹. La pregunta que debemos de hacernos es ¿Por qué se dio esto? Bueno, la respuesta que se debe dar es que “en esa época, aunque lo dicho nos sorprenda, en realidad se buscaba una regulación jurídica para una realidad nueva y por tanto desconocida. Es que se había producido en la edad media una emancipación que es consecuencia del cristianismo y de las guerras permanentes y el siervo había quedado a cargo de las labores del campo; mientras en otros ámbitos habían comenzado a formarse los gremios”¹². Como es sabido, éstos se convirtieron en los órganos de control de los grupos humanos productivos de la época, muchos controlados de una u otra forma por los gobiernos locales de las regiones que a su vez estaban dominados por el poder imperante de la época.

Después de la primera posguerra mundial, el servicio doméstico empezó a tener una considerable declinación numérica, por causas de diversa índole, como lo menciona CABANELLAS¹³:

- a) La mecanización del hogar.
- b) La expansión industrial.
- c) La evolución de la vida familiar.
- d) El mayor desarrollo cultural.

En 1965, la Conferencia Internacional del Trabajo invitó a la Oficina Internacional del Trabajo a abocarse al estudio de la situación de estos trabajadores. Esta concluyó que los servidores domésticos de hogares privados, constituían un grupo desfavorecido. Así mismo, ya en 1927, en el ámbito internacional, se puede observar que la Organización Internacional del Trabajo menciona al trabajador doméstico en el Convenio 24, que en su

¹¹Ibidem.

¹²Ibid. Pág. 49

¹³ CABANELLAS DE TORRES, G. “*Compendio de Derecho Laboral*” Tomo I, Tercera Edición, Editorial Helliasta, Argentina, 1992, pág. 1141

artículo 2.1 dice: “El seguro de enfermedad obligatorio se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales y de las empresas comerciales, a los trabajadores a domicilio y a los servidores domésticos”¹⁴.

Este convenio llamado “Convenio Relativo al Seguro de Enfermedad de los Trabajadores de la Industria, del Comercio y del Servicio Doméstico” (Ver Anexo 1) obliga a los estados miembros de la OIT a crear un seguro de enfermedad temporal o permanente así como por incapacidad, para proteger al trabajador afiliado a la autoridad administrativa; este instrumento internacional no ha sido ratificado por nuestro país¹⁵.

Es así como se recalca el siguiente pensamiento: el trabajador doméstico es uno de los tipos de trabajadores que ha gozado de la menor protección a lo largo de la historia, y el momento actual no es diferente. Los factores no se pueden determinar, bien podría ser porque éste no genera lucro al patrono o sencillamente por los resabios de una mentalidad que considera dicha institución como humillante. Lo cierto es que esta institución es de aquellas que menor interés legislativo ha tenido, aun y cuando tiene su importancia, pues es la que presta los servicios esenciales del hogar, lugar donde todos los seres humanos vamos a descansar, satisfacer nuestras necesidades y esparcirnos.

1.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

El problema que nos ocupa ha sido de interés para diversas personalidades importantes a lo largo de la historia y, por supuesto, en el territorio nacional no ha pasado desapercibido. Así pues, han existido trabajos de distinta

¹⁴ Convenio No 24: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Revisado el 21 de Julio de 2011

¹⁵ Ratificaciones del Convenio No.24: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratfcs.pl?C024> Revisado el 21 de Julio de 2011.

índole, compendios, manuales, tesis, artículos en internet, etc.; los cuales intentan dilucidar la problemática lo mejor posible. Entre los antecedentes de esta investigación, citamos los siguientes:

1. Jorge Alberto Rodríguez Auerbach, en su tesis de grado defendida en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, bajo el tema, “El Trabajo Doméstico en el Código de Trabajo”, en el año 1980, desarrolló el tema desde los inicios legislativos en nuestro país; es decir, en el Código Civil¹⁶. Abordó de forma introductoria el tema antes mencionado enfocándose también en su desarrollo a nivel continental¹⁷, así como a las discusiones doctrinarias sobre la existencia del Contrato de Trabajo Doméstico y el Contrato de Servicio Doméstico¹⁸.

Este autor desarrolla la legislación nacional de forma extensa, entre varios puntos analiza las obligaciones de los trabajadores y sus prohibiciones, dando un énfasis especial a las prohibiciones de los trabajadores domésticos.

El autor antes mencionado desarrolla a profundidad la legislación nacional de la época, la cual por cierto no ha cambiado mayormente a la presente época; sostiene que el trabajador doméstico es titular de gran parte de las prestaciones laborales que goza el trabajador común, aun cuando explica las especificidades propias de cada una de éstas en el trabajador doméstico.

2. Lissette Esmeralda Alfaro Pérez y otros, en su tesis de grado defendida en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, bajo el tema, “La Violación de los Derechos

¹⁶ RODRÍGUEZ AUERBACH, J.A., “El Trabajo Doméstico en el Código de Trabajo”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, Pág. 14

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 24

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 50

Laborales en la Aplicación de la Subcontratación de los Trabajadores en el año 2009¹⁹, tratan el tema particular de la subcontratación, la cual es entendida como: “un proceso de cooperación entre empresas, en el cual se distribuye el trabajo o la producción de un bien o servicio a empresas subcontratistas que se encargan de complementar la producción o el trabajo de manera autónoma, tanto jurídica como económica y se dedican a la especialización de un solo proceso, para luego retornar el producto final a la empresa contratista”²⁰. La importancia de este tema radica en entender cómo afecta a los trabajadores domésticos en nuestro país. De hecho, el trabajo académico en comento contiene un apartado específico donde analiza la situación de la subcontratación del trabajo doméstico. Dicho apartado es el número 4.2.3, titulado: SERVICIOS DOMÉSTICOS O DE LIMPIEZA. En él se afirma que existen dos modalidades²¹ en las que se manifiesta este tipo de trabajo, la primera, y es la que nos atañe, es en la que se “contrata al personal para que realice trabajo de limpieza en los hogares, es decir, para que se encargue de los quehaceres del hogar para una determinada familia”²².

Este tipo de trabajo subcontratado, al igual que todo tipo de trabajo subcontrato, tiene “la característica de no brindar estabilidad laboral al empleado, ya que su permanencia en el empleo depende del contratista principal, quien tiene la facultad de decidir si desea que el empleado continúe brindándole sus servicios o no, de tal modo que no hay forma de asegurar que va a trabajar para la empresa principal por un tiempo determinado, lo

¹⁹ ALFARO PÉREZ, L. E.; y otros “**La Violación de los derechos Laborales en Aplicación de la Subcontratación de los Trabajadores en el Año 2009**”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador.

²⁰Ibíd. Pág. 158.

²¹Ibíd. Pág. 177

²²Ibíd.

cual acarrea como consecuencia la violación al derecho de aguinaldo, vacaciones y en ocasiones del aseguramiento de su salud o previsión social”²³. Así pues, se afirma en dicho trabajo, que la subcontratación es la principal forma en la que se violentan los derechos laborales de los trabajadores por parte de los patronos.

La importancia de este trabajo de grado radica en un estudio respecto a una parte de la realidad nacional en la que analiza esta modalidad del contrato de trabajo, que a su vez tiene su base legal en nuestro Código de Trabajo, específicamente en el artículo 5, inciso segundo.

3. Hernán Roberto García Cubías y otro, en su tesis de grado defendida en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, bajo el tema, “La Falta de Legislación Laboral Salvadoreña en las Trabajadoras Domésticas”, analizan la situación legal del trabajador doméstico partiendo de la idea de que existe una falta de protección hacia dicho sector; es así como estos autores opinan que: “El interés de realizar un análisis de la situación laboral de los Trabajadores del servicio doméstico, es para señalar algunos problemas que se identifican en la forma de aplicación de las disposiciones legales instituidas para el trabajador doméstico, ya que a medida que se va profundizando en su estudio, se evidencia que se cometen en contra del trabajador doméstico muchas injusticias, partiendo del acto de su contratación, el cual, por realizarse en forma verbal, deja muchas dudas sobre la conveniencia de que se realice así, hasta la no incorporación del Trabajador doméstico al Régimen del Seguro Social”²⁴. En dicho trabajo de investigación, el enfoque

²³ Ibid. Pág. 178

²⁴ GARCÍA CUBIAS, H. R., “**La Falta de Protección de la Legislación Laboral Salvadoreña en las Trabajadoras Domésticas**”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, pág. 13

principal es la crítica a la imposible fijación del salario mínimo²⁵ para esta especie de trabajadores, así como afirmar que el Contrato del Trabajador Doméstico tiene los mismos elementos comunes de todos los contratos: Consentimiento, Capacidad, Objeto y Causa²⁶. Además, este tipo de contrato tiene las mismas características específicas²⁷:

- Subordinación.
- Exclusividad.
- Estabilidad.
- Profesionalidad.

El enfoque dado principalmente por estos autores radica en una crítica a la situación salarial de este tipo de trabajador, idea supra mencionada, por lo que gran parte de dicho trabajo se centra en el estudio del salario y su aplicación al trabajador doméstico para terminar concluyendo: “que el trabajador doméstico, está protegido por el salario mínimo”²⁸.

4. Claudia Beatriz Guzmán y otra, en su tesis de grado defendida en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, bajo el tema, “La Extensión y Naturaleza de los Derechos de los Trabajadores Domésticos Determinados por el Código de Trabajo de acuerdo con las condiciones y peculiaridades de dicho trabajo en la Colonia Miralvalle del municipio de San Salvador, durante el período de Enero a Septiembre de 2006”, estudian ampliamente el desarrollo del Trabajo Doméstico en nuestro país desde la época precolombina²⁹ hasta el

²⁵ Ibid. Pág. 41

²⁶ Ibid. Pág. 45

²⁷ Ibid. Pág. 46

²⁸ Ibid. Pág. 92

²⁹ GUZMÁN, C. B.; “La Extensión y Naturaleza de los Derechos de los Trabajadores Domésticos Determinados por el Código de Trabajo de acuerdo con las condiciones y peculiaridades de dicho trabajo en la Colonia Miralvalle del municipio de San Salvador, durante el período de Enero a Septiembre de 2006”,

período histórico de la independencia, analizando entre otras cosas los antecedentes jurídicos del Trabajo Doméstico siendo el más vetusto de éstos el Contrato de Arrendamiento de Criados Domésticos.

Asimismo entre las particularidades del Servicio Doméstico mencionan las siguientes³⁰:

- La Convivencia.
- La Continuidad.
- El predominio de la prestación femenina y dentro de ella de las mujeres jóvenes solteras.

1.3 IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

El artículo 45 de la Constitución³¹ de la República establece que “los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descanso, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes presten servicio de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos”.

Al interpretar el artículo al que se hace referencia, se concluye que él mismo, a la vez, limita la extensión y naturaleza de los derechos que se reconocen a

Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, pág. 1

³⁰ *Ibíd.* Pág. 63

³¹ Constitución de la República de El Salvador de 1983, D. C. No 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. No 234, Tomo 281, del 16 de Diciembre de 1983.

este tipo de trabajador al sujetarlos a las condiciones y peculiaridades del trabajo; es decir que, aunque sean reconocidos estos derechos para el trabajador doméstico, habrá ese margen de exclusión puesto que, esas prestaciones no serán aplicables de manera equivalente a las del trabajador común, fundándose esto en que el mismo artículo establece que habrá una ley que determinará su extensión y naturaleza basándose en la especialidad de las condiciones. Al respecto, la OIT en su informe “Trabajo decente para los Trabajadores Domésticos”³² expresa que la exclusión de los trabajadores domésticos de estos derechos, les impide disfrutar de la misma protección legal, y tiene un impacto discriminatorio sobre las mujeres y las niñas, quienes constituyen la gran mayoría de los trabajadores domésticos.

Respecto al Código de Trabajo, éste en su artículo 80 dispone que el trabajador doméstico no está sujeto a horario definido, pero que, goza de un descanso mínimo de doce horas diarias. Regula además la distribución de esas horas; sin embargo, encontramos una disparidad en razón de la costumbre de los empleadores domésticos, lo cual viene a constituir una violación a los derechos del trabajador, ya que generalmente se da el abuso de ocupar los servicios del trabajador a cualquier hora siempre y cuando lo requiera el patrono, esto se fortalece con el hecho de que el doméstico se encuentra gozando de la habitación brindada por aquel, lo que provoca una dependencia que genera mayor vulnerabilidad.

Es importante además, traer a cuenta el artículo 413 del Código de Trabajo, según el cual la falta de Contrato Escrito es imputable al patrono y, en caso de conflicto, una vez probada la existencia del Contrato de Trabajo, se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por

³² Informe de la OIT denominado: “**Trabajo Decente para los Trabajadores Domésticos**”, http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=326:nuevo-informe-de-la-oit-alerta-sobre-situacion-los-ni&catid=112:noticias&Itemid=1305 Revisada el 20 de Julio del año 2011.

el trabajador en su demanda. Sin embargo, en cuanto a los trabajadores domésticos, el artículo 76 del mismo Código de Trabajo, establece que pueden celebrar los contratos verbalmente, lo cual se suele interpretar como imperativo, puesto que, en la realidad, es costumbre que para el trabajador doméstico el contrato sea verbal, dejándolo sin la garantía del contrato escrito y trae la consecuencia que, en caso de conflicto, él debe probar esas condiciones. La situación de los trabajadores domésticos es preocupante debido a que en las raras ocasiones en que tienen contratos de trabajo, normalmente son los empleadores quienes determinan sus términos y condiciones, sin tener que preocuparse por ninguna eventual intervención de los inspectores del trabajo³³.

En informes de la Organización Internacional del Trabajo, se considera que en muchos países los trabajadores domésticos no están comprendidos dentro del ámbito de la legislación laboral, hecho que socava su posición y sus derechos, incluyendo la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; esta conclusión lleva a reflexionar que, aunque en nuestro país sea reconocido el trabajo doméstico, estos derechos de libertad sindical y la negociación colectiva, no se aplican en la práctica para este tipo de trabajador.

La problemática trasciende a plantear soluciones prácticas; en ese sentido, recientemente la OIT ha aprobado una nueva normativa, conocida como Convenio 189, que establece que trabajadoras y trabajadores domésticos tienen los mismos derechos básicos que otros trabajadores, que tienen derecho a jornadas de trabajo razonables y descanso semanal de al menos 24 horas consecutivas, a información clara sobre las condiciones de empleo, a la cobertura básica de seguridad social, y al respeto de los derechos

³³ Informe de la OIT denominado “**Un Nuevo Convenio de la OIT para los Trabajadores Domésticos**”, <http://www.rel-uita.org/laboral/conbarbrobudin.htm> Revisada el 18 de Julio del año 2011

laborales fundamentales³⁴; estos derechos se ven reflejados en los artículos 6, 7, 10, 11, 14.1 del referido Convenio³⁵. Cabe mencionar que, a esta fecha, dicho Convenio no ha sido ratificado por ningún país; no obstante, el criterio adoptado para la creación de este Convenio obliga a los legisladores de todos los países a considerar un cambio en la normativa interna, lo cual es una necesidad latente en nuestro país, debido a que con las diferencias reflejadas se afectan derechos del trabajador doméstico.

Finalmente concluimos que así como estas prestaciones analizadas, hay otras más que se convierten en diferencias, en comparación con el trabajador común, que a su vez constituyen vulneración en los derechos del trabajador doméstico; las cuales se han comprobado con la investigación realizada.

Después de haber expuesto la situación problemática que ha sido objeto de investigación en este trabajo, el problema enunciado es el siguiente:

1.4 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Cuáles son las diferencias entre el trabajador doméstico y el trabajador común, en lo referente a sus prestaciones laborales, según el ordenamiento jurídico Salvadoreño?

1.5 DELIMITACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.5.1 TEMPORAL.

El presente estudio se desarrolló durante el año 2011, debido a que éste fue el espacio temporal más inmediato para la recopilación de la información, lo

³⁴ Artículo de Opinión de la OIT denominado “**La mano invisible del Trabajo Doméstico**”http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2463:la-mano-invisible-del-trabajo-domestico&catid=200:oficina-del-director Revisado el 18 de agosto de 2011.

³⁵ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 189. Adoptado el 16 de junio de 2011, en la sesión de la conferencia número 100, Ginebra, Suiza. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>35Ibíd. Pág. 22

que conllevó a hacer un análisis de las prestaciones que se le otorgan al trabajador doméstico; así como las que se aplican al trabajador común, enfatizando el presente estudio en las existentes causas sociales, jurídicas y culturales que limitan la igualdad en el trato del trabajador doméstico en comparación con el trabajador común.

1.5.2 ESPACIAL.

El ámbito socio-gráfico de acción que establecimos para estudiar el presente tema de investigación, fue el espacio territorial que corresponde al Municipio de San Salvador, donde se obtuvo la información requerida que sirvió de base para la presente investigación, relativa al estado actual de las prestaciones laborales aplicables al trabajador doméstico. Esto debido a que fue la localidad más viable para la obtención de información, encontrando accesibilidad a la misma, densidad poblacional y la mayoría de instituciones estatales.

1.5.3 UNIDADES DE OBSERVACIÓN.

Las unidades de observación utilizadas fueron los trabajadores del sector doméstico, afiliados o no al Seguro Social, así como las instituciones Estatales que vigilan la relación patrono-trabajador, que custodian el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los sujetos del vínculo jurídico supra mencionado; igualmente a los patronos que tienen a su servicio trabajadores domésticos. Estas unidades fueron encontradas en el área espacial determinada en el punto anterior.

1.5.4 DELIMITACION TEORICO-CONCEPTUAL.

La delimitación teórico-conceptual de la investigación comprendió un conjunto de términos propios del Derecho Laboral, Constitucional y Privado,

específicamente el aplicable al régimen especial del trabajo doméstico en cuanto a prestaciones laborales y sus alcances en la normativa nacional.

1.6 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.6.1 OBJETIVO GENERAL.

Presentar un estudio científico de carácter socio jurídico, referente a las diferencias en las prestaciones laborales para el trabajador doméstico respecto del trabajador común.

1.6.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Explicar el desarrollo histórico pertinente al objeto de estudio.
- Presentar un marco doctrinario- jurídico sobre las prestaciones laborales, haciendo hincapié en las diferencias para el trabajador doméstico en relación con el trabajador común.
- Determinar las causas y consecuencias de la diferente aplicación de prestaciones laborales para el trabajador doméstico.
- Investigar el grado de efectividad de la inscripción al seguro social de los trabajadores domésticos como una forma de darle cumplimiento a la política de seguridad social inclusiva.
- Recopilar información empírica de la población del Municipio de San Salvador y proponer las reformas necesarias al Código de Trabajo, para que al trabajador doméstico se le apliquen las mismas prestaciones laborales que se le aplican al trabajador común.

1.7 JUSTIFICACION DEL PROBLEMA.

La importancia de investigar el tema “**LAS PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO**” resultó de las siguientes consideraciones:

En cuanto a la actualidad, trascendencia e impacto del tema en la sociedad, la primera devino del hecho de que, en años anteriores y hasta la fecha, en nuestro país se ha dado un trato de inferioridad al trabajador doméstico, siendo esto palpable con la legislación actual, con esto se evidenció la necesidad de delimitar cómo históricamente se ha abordado el tema de las prestaciones laborales y su incidencia específica en los trabajadores domésticos; así como las causas que generan el maltrato a dicho sector. Respecto a la trascendencia del tema en comento, ésta radicó en el abordaje de las prestaciones laborales desde un punto de vista comparativo, que proporcionó un enfoque crítico a la legislación actual y al desempeño de las autoridades públicas encargadas del ramo del trabajo, tanto en la forma en que estas desarrollan sus funciones así como su impacto en el sector laboral doméstico.

Además, dicho estudio trasciende en la medida en que se indaga sobre la razón que explica el carácter especial del trabajo doméstico, con el objeto de conocer sus orígenes para determinar la raíz de la problemática y qué niveles abarca la misma actualmente, sólo así la investigación podrá tener efectos ulteriores, de tal suerte que se plantean soluciones que involucran a los sectores afectados.

El impacto en la sociedad radica al momento de abordar temas que le afectan a la misma; si bien es cierto que el trabajo doméstico es una cuestión que abarca la problemática de un sector minoritario, al interrelacionarlo con los demás elementos de la relación laboral, (empleados, patrono, relación de subordinación, salarios, vacaciones, en fin las demás prestaciones laborales), se encuentra una amalgama que trasciende a afectar a toda la sociedad y al ordenamiento jurídico como tal; por tanto, con la realización de la investigación se pretende crear una conciencia crítica que ayude a cambiar la actual realidad nacional.

Respecto a los aportes que proporcionó el estudio, éstos partirán de la premisa que a la fecha no se ha realizado una investigación que abarque la problemática del sector doméstico desde la perspectiva a tratar, puesto que el punto innovador que enfocamos es la comparación que conlleve a justificar la igualdad del trato a trabajadores domésticos, que genere conciencia ante la posible vulneración de los derechos de dichos trabajadores y sirva para solventar dudas específicas sobre la temática, facilitando conocimientos que no estaban del todo escudriñados. En este contexto, se describió el fenómeno de tal forma que se obtuvo el sustento necesario que permitió alcanzar los objetivos propuestos; se relaciona cada uno de los puntos a tratar y la normativa aplicable, a fin de encausar potenciales soluciones.

El vacío teórico que llenó la investigación, se ve reflejado con el amplio número de referencias bibliográficas que se plasmaron en el contenido; en donde se observa detalladamente cómo, por primera vez, se toca el tema desde un punto de vista reformador, donde se insta a eliminar la especialidad legal del trabajo doméstico.

Es por ello que se proporciona aquí una tesis que recopila información general, llevándola con directrices que enfocan lo particular del trabajo doméstico, argumentando la necesidad de llevarlo a un trato común, ya que el deber ser establecido en la ley y el ser real no siempre es el mismo, y teniendo presente que si bien es cierto, legalmente el trabajador doméstico goza de la mayoría de las prestaciones laborales que goza el trabajador común, pero en su relación particular se encuentran variables que van desde el desconocimiento de estos trabajadores respecto a sus derechos, la errónea idea del trabajador doméstico al creer que es propiedad del patrono, hasta la falta de interés de las autoridades respecto a su educación, protección y desarrollo.

Aunado a ello, no se puede obviar que el trabajador doméstico no goza de la seguridad en cuanto a que, el patrono, sea obligado a financiarle las prestaciones del Seguro Social; e igualmente no goza de un sistema de pensión para vejez, debido a que legalmente debe existir un reglamento que les incluya, esto conforme al inciso final del artículo 9 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Las soluciones que se proponen se basan en la legislación vigente, es decir que están apegadas a nuestra realidad jurídica, con espíritu proteccionista de los derechos y garantías fundamentales de las personas, a fin de buscar un beneficio social para reducir la desigualdad en los derechos de los más vulnerables, es de referirse a esos sectores que en el ser son caracterizados por no aplicárseles la normativa escrita; es así como se justifica la posibilidad de hacer reformas a la normativa actual.

Finalmente, en los beneficios que trae al país, se retoman las propuestas de solución que se esbozan para que esas reformas sean analizadas y tomadas en cuenta con el fin de hacer valer la justicia; de igual forma se beneficia a los profesionales, estudiantes de derecho y a la sociedad en su conjunto, ayudando a despertar una perspectiva más crítica de la realidad, de los problemas sociales que contienen actualidad, rompiendo con falacias jurídicas constituidas por la costumbre.

1.8 SISTEMA DE HIPOTESIS.

1.8.1 HIPOTESIS GENERAL.

Las diferencias entre el trabajador doméstico y el trabajador común, en lo referente a las prestaciones laborales, se encuentran principalmente en: la jornada de trabajo, el salario, el descanso semanal, los días de asueto, el aguinaldo, la estabilidad y consecuentemente la indemnización por despido

injusto, la seguridad social, el pago de las horas extraordinarias de trabajo y las vacaciones.

1.8.2 HIPOTESIS ESPECÍFICAS.

- a) Las diferencias que existen entre el trabajador doméstico y el trabajador común, en lo referente a las prestaciones laborales, genera inequidad.
- b) Al trabajador doméstico no le es reconocido su derecho al pago de horas extras en la normativa específica.
- c) La falta de atención por parte de los Organismos Estatales al trabajador doméstico, incide en la vulnerabilidad de este sector.
- d) A mayor desconocimiento del trabajador doméstico de sus prestaciones laborales, mayor será la falta de demanda a sus derechos.
- e) Los trabajadores domésticos que ganan menos del salario mínimo, quedan desprotegidos, por ser excluidos del régimen especial del seguro social.
- f) La falta de obligación de cotización de los múltiples patronos de un mismo trabajador doméstico, provoca la desigualdad en las obligaciones patronales.
- g) Reformar las disposiciones jurídicas que afectan al trabajador doméstico respecto a sus prestaciones laborales, conllevaría a un mayor respeto de sus derechos.

1.9 METODOS, TECNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

1.9.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN.

La reiteración del trabajo intelectual llevó a distinguir ciertos tipos de investigación que derivan de criterios o rasgos que los caracterizan, tales como: finalidad, tipos y fuentes de datos, enfoque o período que abarcan; por lo que se pueden diferenciar cinco tipos de investigación³⁶, siendo estos los siguientes:

³⁶IGLESIAS MEJIA, S., “Guía para la Elaboración de Trabajos de Investigación, Monográfico o Tesis”, Editorial Universitaria, Serie Biblioteca Académica, Quinta Edición, San Salvador, El Salvador, 2006, pág. 24

1.9.1.1 Según la clase de datos.

a) Investigación Cualitativa: Este tipo de investigación se fundamenta en información cualitativa que proviene de la sistematización de material bibliográfico o hemerográfico. También de opiniones, apreciaciones obtenidas de informantes clave en forma individual o grupal, ya sea por entrevista o talleres (Focus Group).

b) Investigación Cuantitativa: Se basa en análisis numérico de cantidades, frecuencias, porcentajes, proporciones, magnitudes cuantitativas, fórmulas estadísticas, tasas, escalas sociométricas, medidas de tendencia central, la media, promedio, moda. Medidas de dispersión: desviación, áreas de la curva normal.

1.9.1.2 Por la fuente de datos.

a) Bibliográfica o documental: Se basa en fuentes secundarias o de segunda mano, en información ya procesada, tales como la doctrina, la legislación e investigaciones previamente realizadas. No se contacta directamente con personas mediante instrumentos, sino más bien se sustenta de información contenida en libros o documentos y no con personas directamente. Este tipo de investigación es más cualitativa que cuantitativa.

b) Empírica o de Campo: Su fuente de datos se encuentra en información de primera mano, proveniente de la observación, del experimento, la entrevista o la encuesta. En cuanto al experimento de acuerdo a sus características, existen cuatro tipos de experimentos los cuales son: 1) de laboratorio, 2) de campo, 3) natural, y 4) ex-post facto.

1.9.1.3 Según la finalidad de los resultados.

a) Pura o Básica: Su propósito es ampliar los conocimientos teóricos para el progreso de una determinada ciencia, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas. Esto no quiere decir que estén desligadas de la práctica o que sus resultados no vayan a ser empleados para fines concretos en un futuro.

Este tipo de investigación puede dividirse en dos niveles fundamentales que son:

1. Las investigaciones teóricas fundamentales.
2. Las investigaciones teóricas destinadas al conocimiento de algún aspecto de la realidad o a la verificación de hipótesis.

b) Aplicada: Esta guarda relación con la anterior, pues depende de los descubrimientos y avances de la investigación pura y se enriquece de ellos. A diferencia de la pura, ésta persigue fines de aplicación directos e inmediatos. Busca la aplicación sobre una realidad circunstancial.

1.9.1.4 Según el contexto socio histórico.

a) Investigación diacrónica o dinámica: Estudia los procesos y cambios a través del tiempo. También se llama longitudinal; es del ámbito macro social, y por lo tanto incluye el análisis estructural histórico, abarcando varios períodos de tiempo o épocas históricas.

b) Investigación Sincrónica: Son los estudios referidos a un corte de tiempo de cobertura micro social, es decir, estudian los fenómenos a los cuales se refieren en un corto período de tiempo, el cual se considera que es suficiente para realizar todas las tareas de recolección de datos en el terreno; por ello recibe el nombre de transversal, debido a su manejo estático y aislado ha sido criticado su valor científico; pero al abordar dichos datos dialécticamente

destacando la esencia sobre la superficialidad y relacionándolos con la sociedad en la que están insertos en un análisis coyuntural, adquieren significación científica.

En toda investigación particular se distinguen dos grandes componentes de tipo sincrónico: Uno se refiere a los procesos operativos internos (de carácter material y lógico-conceptual), en virtud del cual las investigaciones muestran variaciones de tipo lógico, y otro que se refiere a los factores externos del entorno (de carácter socio-psicológico y espacio-temporal), en virtud del cual los procesos de investigación muestran variaciones de tipo socio-contextual que, a su vez, determinan distintas configuraciones en el otro componente, el tiempo no es una variable relevante puesto que las observaciones y mediciones se hacen en el mismo período de tiempo.

1.9.1.5 Según el involucramiento de los sujetos investigador-investigados.

a) Tradicional o no participativa: Se caracteriza porque el investigador lo realiza todo y los investigados son meros objetos que proporcionan información sin conocer sus resultados. Hay una relación vertical entre el investigador e investigados.

b) Investigación Participativa: Los investigadores forman parte activa del proceso de investigación. Hay una relación horizontal sujeto-objeto entre investigador-investigados, el proceso de investigación se vuelve instrumento educativo de promoción humana; permitiendo descubrir su situación de manera científica y sencilla, motivando y propiciando la superación de la situación problemática.

1.9.1.6 Por la temporalidad entre el hecho y la investigación.

Dependiendo del momento en que ocurrió el hecho y el momento de realizar la investigación, se presentan dos modalidades:

a) Investigación ex post facto (después del hecho): La investigación se planifica y se ejecuta después de sucedido el fenómeno. Es el caso de los estudios históricos a través de documentos o hechos observados, también se les llama estudios retrospectivos o de hechos ocurridos.

b) Investigación ex ante facto (antes del hecho): Son los estudios de carácter predictivo. Introducen explicaciones antes que ocurra el hecho. Orientan y preceden al descubrimiento de los acontecimientos. Contienen elementos de prognosis para prever situaciones futuras dentro de la planificación.

1.9.2 NIVELES DE INVESTIGACIÓN:

El conocimiento evoluciona de manera progresiva desde el conocimiento vulgar, pasando por el pre científico, hasta construir el conocimiento científico y el conocimiento filosófico en su enfoque totalizador. El proceso individual y luego el societario se inicia con la identificación, distinción mediante conceptos simples que reproducen los objetos de la realidad inmediata, singular y aislada; también se establecen relaciones de semejanzas y diferencias clasificando los objetos mediante términos de mayor nivel de generalización, así constituyen los conceptos o categorías científicas. Este proceso a su vez permite detectar relaciones de causa y efecto, el mismo también transcurre de manera gradual en los siguientes niveles³⁷:

a) Descriptivo:

Consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno, individuo o grupo, con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los resultados de

³⁷ Ibíd. Pág. 21

este tipo de investigación se ubican con un nivel intermedio en cuanto a la profundidad de los conocimientos se refiere, no se preguntan por la causa o esencia de los fenómenos, no exigen la formulación ni verificación de hipótesis explicativas.

b) Explicativo:

Se encarga de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. En este sentido, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación post-facto), como de los efectos (Investigación experimental), mediante la prueba de hipótesis. Sus resultados y conclusiones constituyen el nivel más profundo de conocimientos. Se caracterizan porque primero se miden las variables y luego, mediante pruebas de hipótesis correlacionales y la aplicación de técnicas estadísticas, se estima la correlación. Aunque la investigación correlacional no establece de forma directa relaciones causales, puede aportar indicios sobre las posibles causas de un fenómeno. Este tipo de investigación descriptiva busca determinar el grado de relación existente entre las variables.

c) Predictivo:

La predicción es de mayor complejidad sobre todo en los fenómenos sociales por su variabilidad de relación a los fenómenos físico naturales relativamente más exactos; sin embargo, con cierta probabilidad es posible prever el comportamiento futuro de los fenómenos, si el investigador puede desentrañar las causa de los fenómenos entonces puede predecir la ocurrencia futura y se evidencia en su capacidad de elaborar leyes; es decir, que descubre las regulaciones esenciales que gobiernan los procesos, las formas de su comportamiento.

1.9.3 MÉTODOS GENERALES.

En nuestro medio para conocer la realidad se dispone de Métodos Generales que le sirven de base a los Métodos Específicos, los cuales a la vez se auxilian de técnicas e instrumentos para recoger los datos de las personas, fenómenos o hechos. Entre los Métodos Generales, se detallan los siguientes:

a) Análisis:

El cual consiste en descomponer un todo en sus partes; es decir, determinar las ideas centrales de un todo.

b) Síntesis:

Dicho método consiste en reunir las partes del todo; es decir, reunir todas las ideas centrales resultantes de un análisis.

c) Inducción:

Este método consiste en partir de lo particular para llegar a lo general.-

d) Deducción:

Contrario al método inductivo, este método busca partir de lo general para llegar a lo particular.

e) Dialéctica:

Es señalado como el método general por excelencia, pues reúne en forma combinada los métodos anteriores, en las tres leyes de la dialéctica³⁸.

Estas son las siguientes:

³⁸Ibíd. Pág. 36

- Unidad y lucha de contrarios.
 - Negación de la negación.
 - Los cambios cuantitativos generan saltos cualitativos.

Respecto a la primera ley que se enuncia como **“Unidad y lucha de contrarios”** se alude a Heráclito, pues se consideró el padre de la dialéctica, quien ilustra la idea de que “todo está en permanente cambio y constante movimiento”; se relaciona además al movimiento con la naturaleza contraria de los fenómenos que a su vez estos se transforman en su contrario. Los opuestos se contraponen, dando paso a la unidad y de los elementos diferentes nace la más bella armonía, todo surge y se produce a través de la lucha de contrarios.

Consecuentemente se manifiestan estas leyes al reflejar relaciones de causa y efecto; dicho en otras palabras, el concebir la realidad como un proceso implica que todo lo que nace tiene un fin; lo que fue ayer ya no es hoy y lo que es hoy no tendrá tiempo de llegar a ser mañana. Todo es un devenir.

En cuanto a la segunda ley que es la **“Negación de la negación”** se considera que todo fenómeno, hecho o proceso contiene en si el germen de su propia transformación.³⁹ Lo cual acciona la trilogía tesis, antítesis y síntesis, lo que conduce a la idea abstracta de que una fase o etapa es la superación de la anterior.

En ese sentido, la transformación o desarrollo implica un inicio, un auge y una declinación, de ahí que se concluye que lo nuevo niega y supera lo viejo, también es cómo surge la verdad ante la falsedad. Y por último se hace referencia a la tercera ley: **“Los cambios cuantitativos producen cambios cualitativos”**; esto se explica en cuanto a que, el

³⁹Ibíd. pág. 37

conjunto secuencial de acontecimientos conduce a un nuevo estado de los seres, fenómenos, o hechos; al fin de cierto tiempo, distintos acontecimientos ocurridos de tanto en tanto devienen en una nueva forma.

Es decir que la acumulación en cantidad genera cambios en la calidad, de los seres, cosas o fenómenos.

1.9.4 MÉTODOS ESPECÍFICOS:

La elección de un Método específico de manera particular o la combinación de varios, depende de las características del hecho, fenómeno, objeto de estudio o investigación; entre los métodos específicos tenemos:

a) Bibliográfico Documental: Este es un procedimiento metodológico y técnico para la realización de la investigación científica sobre un tema basándose en información bibliográfica o documental; la finalidad es obtener datos o información a partir de documentos escritos. Esta técnica representa la memoria de la humanidad registrada en cada uno de los documentos o instrumentos de recolección de la información; este método utiliza como fuentes de información el hemerográfico, audiográfico, videográfico e iconográfico y como instrumento de recolección el uso exclusivo de las fichas bibliográficas.

b) Análisis de Contenido: Procedimiento metodológico para el estudio de los elementos de la comunicación: emisor, receptor, mensaje, medio canal, contexto, ruido, marco de referencia.

Son objeto de análisis el emisor, sus propósitos, sus efectos en el receptor, los medios o canales; el análisis de contenido está muy relacionado con la interpretación de textos, de ahí su uso en materia jurídica y política, su aplicación en el derecho adquiere las modalidades siguientes:

- Dogmática viene de dogma como verdades inflexibles o fundamentos de una doctrina de carácter religioso, filosófico, moral o político.
- La Exegesis se refiere a la interpretación o explicación rigurosa de los textos bíblicos.
- La Heurística como el arte de inventar y
- La Hermenéutica como la técnica de interpretación de textos. Los instrumentos para este procedimiento metodológico pueden ser: lista de cotejo para comparar un mensaje o texto con otro. Para relacionar palabras, frases o definiciones, pueden ser cuadros o formularios con números o cantidades de palabras, frases, etc.

c) El método de la Encuesta:

Procedimiento metodológico técnico destinado a obtener datos de una población determinada para conocer una situación mediante un conjunto de preguntas en un instrumento denominado cuestionario; éste es anónimo, ya que más que el nombre interesan las respuestas y opiniones, según los propósitos o hipótesis del estudio.

La encuesta es muy utilizada para investigar varias situaciones, por ejemplo: en ciencias políticas para detectar la intención del voto, la preferencia partidaria o la tendencia ideológica. En mercadeo, para identificar preferencias o gustos del consumidor. En sociología y economía, para el estudio de las condiciones socioeconómicas o el diagnóstico de la comunidad. En psicología, para el estudio de las actitudes. En periodismo y comunicaciones, para los sondeos de opinión. El proceso del método de la encuesta comprende varios casos o actividades a saber:

- Elaboración.
- Organización y capacitación.

- Estrategias del trabajo de campo y logística.
- Prueba piloto, ajuste y aplicación definitiva del cuestionario.
- Supervisión- control de la administración del cuestionario.
- Tabulación, análisis e interpretación de los datos resultantes.
- Presentación-Discusión de resultados.

La elaboración del cuestionario:

Está determinada por los objetivos que se persiguen. Los indicadores que resultan de operacionalizar las hipótesis se traducen en ítems, preguntas o cuestiones.

Existen encuestas descriptivas y explicativas. Las descriptivas tienen como finalidad reflejar el estado de una situación determinada (diagnóstico); en cambio, la explicación busca las causas de la situación. También puede haber encuestas para un censo (toda la población) o una muestra para una parte o segmento representativo de un universo de población.

d) El método de la entrevista:

Procedimiento metodológico- técnico que consiste en interrogar a las personas para recolectar datos sobre un tema, se sondea a un número determinado de personas, explorando sus opiniones, creencias, motivaciones, sentimientos, actitudes o estados anímicos. De ahí su importancia en varias disciplinas: periodismo, psicología, criminología, medicina, ciencias políticas, trabajo social y otros.

La entrevista, dependiendo de su propósito u objeto de estudio, puede tener formas o modalidades, tales como:

- Entrevista estructurada: el instrumento es la cédula de entrevista que contiene el conjunto de preguntas debidamente ordenadas.-

- Entrevista no estructurada: el entrevistador exponente lanza las preguntas y el entrevistado espontáneamente responde con entera libertad, sin existir cuestionario escrito, puede incluir aparato de grabación.-
- Entrevista Semi-Estructurada: la combinación de las dos anteriores.
- Entrevista Grupal o focal (Focus Group) o taller entrevista.

Esta última se realiza a un grupo que va contestando con la orientación del facilitador o conductor, ejemplo: La técnica FODA. Esta tiene la ventaja de que puede aportar información que no aflora, o puede complementar el cuestionario, estimulado por el clímax grupal.

La encuesta y la Entrevista tienen en común la característica de hacer preguntas. Sin embargo, tiene diferencias, tales como:

- La encuesta es más general y cuantitativa; en cambio la entrevista es más cualitativa e intensiva.
- La encuesta casi siempre es escrita y puede aplicarse a cualquier persona, la entrevista trata con personas seleccionadas conocedora del tema y puede no ser escrita.
- La encuesta es para grandes grupos de personas y muchas variables incluyendo datos socioeconómicos; en cambio, la entrevista es para pequeños grupos de personas y busca opiniones.
- La entrevista puede ser no estructurada o espontánea, necesita de mayor preparación del investigador y puede utilizarse grabadora.

Fases de la entrevista:

Planificación (cronograma, objetivos), determinación del objeto de estudio y selección del sujeto, preparación de preguntas y la realización dentro de la cual están: la apertura, iniciación, clímax y cierre.

1.9.5 METODOS UTILIZADOS EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

Expuesto lo referente a los diferentes tipos de investigación, sus niveles y la variedad de métodos, técnicas e instrumentos de investigación de los cuales se podrá auxiliar el investigador en la rama de las ciencias sociales, concertamos que en la investigación realizada se utilizarían el método, técnica e instrumento siguientes:

El método utilizado en esta investigación fue:

El hipotético-deductivo, en el sentido de que una vez observado el fenómeno a estudiar, que es la diferencia existente entre las prestaciones laborales del trabajador doméstico y del trabajador común, en base a ello se crearon hipótesis para explicar dicho fenómeno, habiendo posteriormente llegado a deducciones de consecuencias o proposiciones más elementales que las hipótesis planteadas, comprobando la verdad de los enunciados deducidos con la verificación; pues con este método se combina la reflexión racional (la formación de hipótesis y la deducción) con la observación de la realidad o momento empírico (la observación y la verificación). En otras palabras, se puso a prueba las hipótesis originalmente planteadas con los resultados obtenidos de las técnicas e instrumentos utilizados, planteándose consecuencias generales⁴⁰.

Las técnicas utilizadas fueron:

La investigación documental, debido a que se utilizó información bibliográfica o documental, como libros, artículos de revistas, periódicos, así como el

⁴⁰<http://www.e-torredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Metodo-Hipotetico-Deductivo.htm> Revisado el 1 de Febrero de 2012

método bibliográfico electrónico entre otros, los que sirvieron para obtener todo los elementos necesarios que fundamentan nuestra investigación.

La encuesta, en cuanto que por medio de un conjunto de preguntas realizadas a una muestra determinada, obtuvimos los suficientes datos que permitieron conocer el fenómeno objeto de estudio.

La entrevista, ya que se interrogó a determinado tipo de personas para así explorar y obtener opiniones sobre puntos clave del fenómeno estudiado.

Utilizamos estas dos últimas técnicas por sus finalidades, ya que la encuesta es para grandes grupos de personas en donde no importa su conocimiento o no del tema; mientras que la entrevista está pensada para grupos reducidos de personas en donde se busca obtener información de personas versadas sobre el tema.

Los Instrumentos utilizados:

El criterio de muestra fue estructurado según el procedimiento metodológico técnico, destinado a obtener datos de una población determinada para conocer la situación, mediante un conjunto de preguntas para lo cual utilizamos el instrumento denominado **cuestionario**; siendo este aplicado de manera anónima, dando prioridad a las respuestas y opiniones; así mismo, consideramos necesario aclarar que dicho cuestionario fue utilizado como un instrumento específico para las unidades de observación: trabajador doméstico y patrono del trabajador doméstico. Para las instituciones estatales que conforman la última de las unidades de observación se obtuvo la información por medio de una **cédula de entrevista** de carácter estructurado, es decir que para su realización se siguieron las fases previamente establecidas.

CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL SALVADOR.

2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE CRIADOS DOMÉSTICOS.

Como dice el Licenciado Jorge Alberto Rodríguez Auerbach⁴¹, “nuestro Código Civil en su capítulo VII, en lo 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”⁴².

A continuación se transcribe el texto de la edición original del Código Civil, la cual decía lo siguiente⁴³:

“Art. 1923. En el arrendamiento de criados domésticos, una de las partes promete prestar á la otra, mediante un salario, cierto servicio, determinado por el contrato ó por la costumbre del país.

Art. 1924. El servicio de criados domésticos puede contratarse por tiempo determinado; pero no podrá estipularse que durará más de un año, á menos que conste la estipulación por escrito; y ni aun con este requisito será obligado el criado á permanecer en el servicio por más de cinco años contados desde la fecha de la escritura.

La escritura podrá renovarse indefinidamente.

El tiempo se entenderá forzoso para ambas partes, á menos de estipulación contraria.

No interviniendo estipulación en los términos del presente artículo, no habrá derecho para cobrar salario.

⁴¹RODRÍGUEZ AUERBACH, J.A. óp. Cit. Pág. 14

⁴² Ibidem.

⁴³ UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, “Código Civil de la República del Salvador en Centro América”, Edición del Centenario, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1960, pág. 235. Lo importante de esta edición es que lleva el texto original del Código Civil salvadoreño, el cual fue redactado por los licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, e impreso por la Imprenta de Eduardo O. Jenkins ubicada en la 26 calle de Frankfort, Nueva York, 1860.

Art. 1925. Si no se hubiera determinado tiempo, podrá cesar el servicio á voluntad de cualquiera de las partes.

Con todo, si el criado no pudiere retirarse inopinadamente sin grave incomodidad ó perjuicio del amo, será obligado á permanecer en el servicio el tiempo necesario para que pueda ser reemplazado, aunque no se haya estipulado desahucio.

El criado que sin causa grave contraviniere á esta disposición, pagará al amo una cantidad equivalente al salario de dos semanas.

Art. 1926. La mujer que se contrata como nodriza, será forzosamente obligada á permanecer en el servicio mientras dure la lactancia, ó no pueda ser reemplazada sin perjuicio de la salud del niño.

Art. 1927. Si el criado contratado por cierto tiempo se retirare sin causa grave antes de cumplirlo, pagará al amo, por vía de indemnización, una cantidad equivalente al salario de un mes.

El amo que en su caso análogo despidiere al criado, será obligado á pagarle por vía de indemnización igual suma, además de la que corresponda al servicio prestado.

Si falta menos de un mes para cumplirse el tiempo estipulado, se reducirá la pena por una ú otra parte á lo que valga el salario de la mitad del tiempo que falta.

Art. 1928. Si se hubiere estipulado que para hacer cesar el servicio sea necesario que el uno desahucie al otro, el que contraviniere á ello, sin causa grave, será obligado á pagar al otro una cantidad equivalente al salario del tiempo del desahucio ó de los días que falten para cumplirlo.

Las indemnizaciones de que se trata en el presente capítulo se entienden sin perjuicio de las penas impuesta por el Código Penal y leyes especiales en los casos respectivos.

Art. 1929. Será causa grave respecto del amo la ineptitud del criado, todo acto de infidelidad ó insubordinación, y todo vicio habitual que

perjudique al servicio ó turbe el órden doméstico; y respecto del criado el maltratamiento del amo, y cualquier conato de este ó de sus familiares ó huéspedes para inducirle á un acto criminal ó inmoral.

Toda enfermedad contagiosa del uno dará derecho al otro para 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. 1930. Falleciendo el amo se entenderá subsistir el contrato con los herederos, y no podrán estos hacerlo cesar sino como hubiera podido el difunto.

Art. 1931. La persona á quien se presta el servicio será creída sobres palabra, sin perjuicio de prueba en contrario:

- 1) En orden a la cuantía del salario
- 2) En orden al pago del salario del mes vencido,
- 3) En orden a lo que diga haber dado a cuenta por el mes corriente.”

2.2 LEGISLACIÓN SECUNDARIA QUE EXCLUYO AL TRABAJADOR DOMÉSTICO.

En materia constitucional, las prestaciones laborales para el trabajador doméstico no habían sido reconocidas si no es que “En la Constitución de 1950, en el capítulo denominado “Trabajo y Seguridad Social”, por primera vez, en su artículo 190, se le reconocen ciertas prestaciones laborales al trabajador doméstico”⁴⁴.

La Constitución de 1950, en su artículo 190, regulaba lo siguiente: *los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descanso, vacaciones, indemnización por*

⁴⁴GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 15

despido y en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinados de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes prestan servicio de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a estos. Si bien es cierto esta disposición constitucional reconocía mucho de los derechos de los trabajadores domésticos y agrarios, en particular, e invitaba a ser desarrollado por una legislación de la materia, ésta nunca se dio por lo que fue letra muerta⁴⁵ y el trabajador doméstico estuvo excluido por la legislación anterior al primer código de trabajo.

- ✓ La primera ley que se dio fue la **Ley Sobre Accidentes de Trabajo**⁴⁶, decretada el 12 de mayo de 1911 y publicada en el diario oficial del mismo mes y año; esta ley era considerada como una ley civil, y eran los tribunales civiles⁴⁷ los que atendían las reclamaciones surgidas en esta materia; esta legislación veía dicha regulación como el cumplimiento de una obligación moral⁴⁸. Se dice que esta ley excluía al trabajador doméstico puesto que no estaba regulado este tipo de trabajador en su sexto artículo, el cual enumeraba a industrias o trabajos que daban responsabilidad al patrono, estos tipos de industria eran: establecimientos mineros, industrias que manejan materias explosivas, inflamables, insalubres o tóxicas, empresas que acarrear por vía terrestre por medio de automóviles, ferrocarriles y tranvías, acarreo por vía marítima y navegación interior, bomberos,

⁴⁵Ibíd. Pág. 16

⁴⁶ Promulgado en el Gobierno del señor Presidente de la República Manuel Enrique Araujo, y publicado en el D.O. del 13 de Mayo de 1911

⁴⁷ Esto se puede observar en su artículo doceavo, donde regula la competencia del Juez de primera instancia de lo civil, tal es así que en el artículo treceavo de dicho cuerpo normativo se regulaba que el proceso a seguir era: "El juez procederá verbalmente en la forma establecida en el capítulo 5°, parte 1° libro 2° del Código de Procedimiento Civiles".

⁴⁸GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 24

productoras y distribuidoras de electricidad, fábricas y talleres con fuerza distinta a la del hombre, fábricas y talleres metalúrgicos y de construcción terrestre y naval, entre otras.

- ✓ La segunda ley se dio el 28 de mayo de 1914, **Ley Sobre Aprendizaje de Oficios, Artes Mecánicas e Industriales**⁴⁹; ésta consideraba un régimen especial al aprendizaje dentro de la legislación laboral y lastimosamente no tuvo una aplicación práctica por tener muchas formalidades y un procedimiento engorroso⁵⁰. Esta ley definía dicho contrato en su artículo primero de la siguiente forma: “El contrato de aprendizaje es aquel en que el maestro se obliga a enseñar por sí o por otro, un oficio, industria o arte, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, mediante o no retribución, y por tiempo determinado”. Del texto se observa la exclusión hacia el Trabajo Doméstico, principalmente por lo regulado en el inciso segundo del citado artículo que dice: “en esta disposición se hallan comprendidos el aprendizaje del comercio y las operaciones agrícolas en que se haga uso de motores mecánicos”, al mismo tiempo se debe de comentar que no significó ninguna derogación al “Arrendamiento de Criados Domésticos” regulado por el Código Civil.
- ✓ El 20 de agosto de 1920 se dio el **Decreto Legislativo sobre Contratación de Salvadoreños para Prestar Servicios Domésticos Fuera del País**⁵¹, el cual establecía garantías para las domésticas, entiéndase trabajador doméstico, que eran contratadas para ir al extranjero. Algunas garantías que se pueden comentar del precitado decreto son: la obligación de exhibir el contrato en donde se debía estipular la obligación de repatriar al trabajador al

⁴⁹ Promulgado en el Gobierno del Presidente Provisional Don Carlos Meléndez y publicado en el D.O. del 6 de Junio de 1914

⁵⁰ GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 25

⁵¹ Promulgado en el gobierno del Señor Presidente de la República Jorge Meléndez y publicado en el D.O. del 24 de Agosto de 1920

término de su contrato, que no se le podía cargar a su sueldo los gastos de pasaje, manutención o enfermedad, constar en su pasaporte la calidad de sirviente por la que viajaba así como el deber de todo cónsul salvadoreño de velar por intereses del compatriota que le exhibiera el contrato visado.

- ✓ En 1920 se dieron algunas disposiciones de carácter administrativo, cuya finalidad era importante porque prohibían el pago de salarios en vales y fichas; al respecto llama la atención como se combatió aún en esa época un post-feudalismo puesto que como es sabido, los patronos de esa época y de las anteriores épocas, como una forma de evitar pagar en moneda de curso legal, pagaban en “monedas” emitidas por ellos, sin soberanía, y donde estas mismas eran canjeables sólo en determinados establecimientos que ellos, o bien contrataban o bien eran los dueños, por lo que en pocas palabras ellos no pagaban salarios, sólo daban bienes de carácter fungible por otros bienes de carácter fungible.

Es así que surgió la “**Ley que prohibía el pago del salario en vales y fichas**”⁵².

- ✓ El 4 de noviembre de 1927 se dio la **Ley de Protección a los Empleados de Comercio**⁵³, ésta contenía descansos, asuetos y derecho a quince días de vacaciones al año; establecía la jornada y un preaviso para dar por terminado el contrato. Esta ley, aun con su evidente contenido laboral, fue considerada de carácter civil y por ende su aplicación conllevaría los principios de dicha rama del derecho. Así mismo, por Decreto legislativo publicado en el diario oficial del 1 de Julio de 1942 se interpretó auténticamente el artículo primero de la precitada ley en los siguientes términos: “El artículo primero de la Ley de Protección a los Empleados de

⁵²GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 25

⁵³ Promulgada en el gobierno del señor Presidente de la República **Pio Romero Bosque** y publicado en el D.O. del 17 de Junio de 1927

Comercio vigente, debe entenderse en el sentido de que se tendrá por “empleado de comercio”, de manera exclusiva, a toda aquella persona que trabaja al servicio de comerciantes o en establecimientos mercantiles, excluyéndose a las personas que en cualquier establecimiento trabajen directamente en la elaboración o transformación de materias primas, lo mismo que a los que trabajen por pago diario, semanal o quincenal conforme la costumbre ya reconocida en esta materia”.

- ✓ El 13 de junio de 1928 se dio el **Decreto Legislativo Sobre Reglamentación de Horas de Trabajo**⁵⁴, este decreto se aplicaba según su artículo 1 a “los obreros de talleres, fábricas, trabajadores de empresas en los puertos, costas y ríos; de los dependientes, mozos, meritorios, empleados en las casas industriales o de comercio; de los conductores, boleteros, guardafrenos, guardas y demás empleados de ferrocarriles y tranvías o de cualquier otra empresa de transporte”. En esta ley se establecía la jornada de ocho horas y multas para los infractores y fue efectiva hasta ser derogada por la **Ley de Jornadas de Trabajo y de Descanso Semanal**⁵⁵, en 1951. Esta establecía como jornada ordinaria diurna ocho horas diarias y de 7 la nocturna; para los menores de 16 años la jornada no debía de ser mayor de 6 horas diarias, los menores de 18 años no podían trabajar en labores nocturnas; la semana laboral diurna no debía exceder de 44 horas y la nocturna de 39. Esto de acuerdo con el artículo 1 de dicha ley. El artículo 9 disponía: “todo trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado por cada semana laboral”. En el artículo 5 se regulaba el campo de aplicación, expresando en su inciso segundo: “no están comprendidos en lo dispuesto en el inciso anterior los trabajadores agrícolas o domésticos, los

⁵⁴ Promulgado en el gobierno del señor Presidente de la República **Pio Romero Bosque** y publicado en el D.O. del 25 de Junio de 1929.

⁵⁵ D.L. No. 128 del 22 de Enero de 1951, publicado en el D.O. del 1 de Febrero de 1951

que desarrollen su actividad por su propia cuenta y riesgo y quienes hayan contratado su servicio para realizar por precio cerrado determinada obra, pero gozará de los derechos que otorga la presente ley los que presten servicio de trabajo domésticos en establecimientos industriales, comerciales, sociales y otros equiparables”.

- ✓ El 12 de enero de 1946 se dictó la **Ley General sobre Conflictos Colectivos de Trabajo**⁵⁶, ésta no podía tener efectividad porque no había un reconocimiento legal de las asociaciones profesionales y estuvo vigente, esta misma, hasta 1961; nos llama la atención en este punto el absurdo jurídico imperante en dicha legislación dado que si bien era un paso hacia adelante en materia laboral, la falta de reconocimiento legal de los sindicatos hacía parecer no sólo meramente formal la intención legislativa sino hasta cierto punto risible.
- ✓ En octubre de 1946 se creó el **Ministerio de Trabajo**.⁵⁷ En este mismo año, en el mes de enero, se promulgó la **Ley de Creación del Departamento Nacional del Trabajo**⁵⁸. Dicho Departamento se convertiría en una dependencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, según reforma hecha por la Asamblea Legislativa y publicada en el Diario Oficial del 15 de Diciembre de 1953.
- ✓ En junio de 1949 se dio la **Ley de Contratación Individual de Trabajo en Empresas y Establecimientos Comerciales e Industriales**⁵⁹. Al mismo tiempo se dio la **Ley sobre Reglamentación Interna de Trabajo en Empresas y Establecimientos Comerciales e Industriales**⁶⁰. Dicha ley en su artículo primero ordenaba a todo patrono que ocupara de modo

⁵⁶ D.L. No. 322 del 12 de Enero de 1946, publicado en el D.O. del 15 de Enero de 1946

⁵⁷ D.L. No. 134 del 14 de Octubre de 1946, publicado en el D. O. del 22 de Octubre de 1946.

⁵⁸ D.L. No. 321 del 12 de Enero de 1946, publicado en el D.O. del 15 de Enero de 1946

⁵⁹ Decretada por el Consejo de Gobierno Revolucionario el 1 de Junio de 1949 y publicada en el D.O. No. 121, Tomo 146 del 3 de Junio de 1949

⁶⁰ D.E. No. 158 del 1 de Junio de 1949, publicado en el D.O. del 3 de Junio de 1949

permanente diez o más trabajadores, elaborar un Reglamento Interno de Trabajo, listando el contenido formal en su artículo cuarto.

- ✓ En septiembre del mismo año, se dio la primera **Ley del Seguro Social**⁶¹. En este mismo mes y año se dio la primera **Ley Especial de Procedimientos para Conflictos Individuales de Trabajo**⁶², que estuvo vigente hasta 1960, año en que la Junta dio una nueva legislación laboral que fue reformada por otra dictada dos meses después, esta última estuvo vigente hasta que se dio el Código de Trabajo.
- ✓ El agosto de 1950 se dio la **Ley de Sindicatos de Trabajadores**⁶³, siendo ésta reemplazada por una nueva “**Ley de Sindicatos de Trabajadores**”⁶⁴ en 1951; en el artículo 1 de dicho cuerpo normativo se establecía: “los empleados privados y obreros mayores de 14 años, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen derecho de asociarse libremente para la defensa de sus intereses económicos y sociales comunes, formando asociaciones profesionales o sindicatos; pero en ningún caso podrán pertenecer a más de un sindicato”. Y en su inciso segundo establecía: “Las disposiciones de esta ley no se aplicarán a los trabajadores que desempeñen labores propias de la agricultura ni a los domésticos”. Paralelamente se promulgó la **Ley de Contratación Colectiva**⁶⁵, vigente hasta 1952⁶⁶.
- ✓ En septiembre de este mismo año se dio la **Ley de Botiquines**⁶⁷, la cual vendría a derogar a la anterior “**Ley de Botiquines**”⁶⁸. Esta ley de 1952 se aplicaría únicamente a aquellos patrones que tendrían bajo su dependencia

⁶¹ Decretada por el Consejo de Gobierno Revolucionario, el 28 de Septiembre de 1949 y publicada en el D.O. del 30 de Septiembre de 1949

⁶² D.E. No. 330 del 29 de Septiembre de 1949, publicado en el D.O. del 30 de Septiembre de 1949

⁶³ D.E. No. 728 del 9 de Agosto de 1950, publicado en el D.O. No. 171, Tomo 149

⁶⁴ D.L. No. 353 del 13 de Agosto de 1951, publicado en el D.O. del 24 de Agosto de 1951

⁶⁵ La cual fue publicada en el D.O. No. 171, Tomo 149 del 9 de Agosto de 1950

⁶⁶ Año en que se promulgo la nueva **Ley de Contratación Colectiva** según D.L. No. 630 del 27 de Marzo de 1952, publicado en el D.O. del 17 de Abril de 1952

⁶⁷ D.E. No. 830 del 12 de Septiembre de 1950, publicado en el Diario Oficial del 13 de Septiembre de 1950

⁶⁸ D.L. No. 75 del 20 de Julio de 1935 y publicado en el D.O. del 26 de Julio de 1935

a diez o más trabajadores y sólo en empresas y establecimientos urbanos. Siempre en septiembre de 1952 se emitió la **Ley de Trabajo para el Gremio de Peluqueros**⁶⁹. Así mismo se dieron otras leyes, como la **Ley de Inspección de Trabajo**⁷⁰ y la **Ley Orgánica del Ministerio Público**⁷¹, la cual en su parte segunda regulaba la **Procuraduría del Trabajo**, específicamente en los artículos 40 al 45 de dicho cuerpo normativo.

- ✓ En 1951 se dio la **Ley de Asuetos**⁷² que en su artículo 1 establecía quiénes tenían derecho a asueto remunerado con salario básico en los días festivos, pero en su inciso segundo establecía: “Se exceptúa a los trabajadores agrícolas y a los domésticos, los cuales estarán sujetos a régimen especial”. En diciembre del mismo año se aprobó la **Ley de Aguinaldos**⁷³.

Esta ley fue excepcional ya que sí incluyó en su campo de aplicación al trabajador doméstico, estableciendo en su artículo uno inciso primero y segundo:

“Art. 1.- Todo patrono está obligado a dar a sus trabajadores, en concepto de aguinaldo, una prima por cada año de trabajo.

Esta Ley se aplicará en beneficio de todos los trabajadores, de patronos o empresas privadas que laboren por salario ajustado, por unidad de tiempo, por pieza, o por sistema mixto de tarea, inclusive los domésticos”.

Esta ley, como se observa, fue una excepción a una era de exclusión de los trabajadores domésticos de uno de sus derechos laborales; si bien es cierto no se puede enumerar la precitada disposición como una de las normas excluyentes, tampoco se puede obviar su mención por el importante valor histórico para dicha clase de trabajador.

⁶⁹ D.E. No. 844 del 13 de Septiembre de 1950, publicado en el D.O. del 13 de Septiembre de 1950

⁷⁰ D.E. No. 816 del 11 de Septiembre de 1950, publicado en el D.O. del 11 de Septiembre de 1950

⁷¹ D.L. No. 603 del 4 de Marzo de 1952, publicado en el D.O. No. 54, Tomo 154 del 18 de Marzo de 1952

⁷² D.L. No. 387 del 30 de Agosto de 1951, publicado en el D.O. del 6 de Septiembre de 1951

⁷³ D.L. No. 516 del 6 de Diciembre de 1951, publicado en el D.O. del 10 de Diciembre de 1951

Asimismo, en este punto queremos llamar la atención a la “atomización” del derecho laboral en múltiples leyes especiales, recordemos que una característica de la codificación es reunir un número variado de leyes especiales en una sola ley genérica, orgánica y armónica, la cual sería una característica que el derecho laboral no adoptaría sino hasta la promulgación del primer Código de Trabajo.

✓ En abril de 1953 se publicó la **Ley de Contratación Individual de Trabajo**⁷⁴ que vino a sustituir a la que se aplicaba a los establecimientos comerciales e industriales. Esta, en su artículo 1, disponía: “la presente ley regula las relaciones laborales entre trabajadores y patronos privados, no se aplicará esta ley sino las especiales correspondientes:

1°. A las relaciones de trabajo que tiene lugar en el campo en labores propias de la agricultura y la ganadería.

2°. A las relaciones laborales que emanen de trabajos verificados en el propio hogar del trabajador o en lugar libremente elegido por este, fuera de la vigilancia o dirección del patrono, cuando éste proporcione las materias primas en todo o en parte;

3°. A las relaciones emanadas del servicio doméstico,

4° A las relaciones de aprendizaje”.

✓ En noviembre de ese mismo año se dio la **Ley de Vacaciones**⁷⁵, que también estuvo vigente hasta que se dio el Código de Trabajo. Esta ley, en su artículo 1 prescribía: “La presente ley se aplicará a todos los trabajadores que presten sus servicios bajo la dependencia de patronos privados. Se aplicará también a los trabajadores de la Fábrica de Hilados y Tejidos de San Miguel, actual

⁷⁴ D.L. No. 981 del 19 de Marzo de 1943, publicado en el D.O. del 10 de Abril de 1953

⁷⁵ D.L. No. 1221 del 11 de Noviembre de 1953, publicado en el D.O. del 18 de Noviembre de 1953

dependencia del Instituto de Vivienda Urbana. Se exceptúan de la aplicación de esta ley, los trabajadores a domicilio, los que presten sus servicios en el campo en labores propias de la agricultura y la ganadería, y los trabajadores domésticos.”

✓ En diciembre de 1953 se dio la nueva **Ley del Seguro Social**⁷⁶ con la asesoría de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con ayuda de la experiencia que había dejado la anterior. En 1956 se dieron también dos leyes importantes, **Ley de Riesgos Profesionales**⁷⁷ y **Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo**⁷⁸; la primera vino a sustituir a la de 1911 referente a los accidentes de trabajo; la segunda de estas leyes era de hecho una reforma a la primera, específicamente modificaba el inciso último del artículo 36 de la primera con el siguiente texto: “Para los efectos de este artículo, cualquiera que sea el salario ordinario diario que efectivamente devengue el trabajador, ningún salario se considerara inferior a un colon cincuenta centavos ni superior a diecisiete colones diarios”⁷⁹.

✓ A mediados de 1960 se hizo un proyecto de ley de salario mínimo para los trabajadores del campo. Desde fines de 1959 se denotaba el gran descontento en este sector y por medio de esa ley se pretendía empezar a tratar el problema campesino⁸⁰.

En ese mismo año se dio la **Ley de Creación de los Tribunales de Trabajo**⁸¹.

✓ El 22 de enero de 1963 se dio el primer **Código de Trabajo**⁸², publicado en el diario oficial del 1 de febrero de 1963. El 27 de noviembre del mismo año se

⁷⁶ D.L. No. 1263 del 3 de Diciembre de 1953, publicado en el D.O. No. 226, Tomo 161, del 11 de Diciembre de 1953

⁷⁷ D.L. No. 2118 del 24 de Mayo de 1956 y publicado en el D.O. No. 115, Tomo 171 del 20 de Junio de 1956

⁷⁸ D.L. No. 2171 del 25 de Julio de 1956 y publicado en el D.O. No. 142, Tomo 172 del 30 de Julio de 1956

⁷⁹ Ibidem. Artículo 1 del precitado cuerpo de leyes.

⁸⁰ GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 27

⁸¹ Decretada el 22 de Diciembre de 1960 y derogada por el D.L. No. 123 del 6 de Junio de 1984 y publicado en el D.O. No. 115, Tomo 283 del 20 de Junio de 1984

dio la **Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social**⁸³ hasta llegar a la publicación del segundo **Código De Trabajo**⁸⁴ el 23 de junio de 1972, sobre el cual a la fecha existen varias reformas.

- ✓ Algunas disposiciones también excluyeron al trabajador doméstico, tal como el **Decreto Transitorio, de fecha 4 de marzo de 1961, referente a goce de asueto por la festividad del día de la madre**⁸⁵, el cual disponía: “Todos los trabajadores que laboren por salario ajustado, por unidad de tiempo, por pieza o por sistema mixto de tarea, al servicio de cualquier patrono o empresa privada, con excepción de los trabajadores agrícolas y de los domésticos, tendrán derechos, en el presente año, a asueto remunerado el 10 de mayo, día de la madre, de conformidad con las leyes laborales vigentes.”
- ✓ La ley del Seguro Social Vigente dispone, en su artículo 3, que en un primer momento el seguro social sólo se aplicará a los trabajadores que dependan de un patrono (los trabajadores domésticos por ejemplo), no importando el tipo de relación laboral que vinculare al empleador con su trabajador; dejando abierta la posibilidad de ir ampliando dicho beneficio, aun a aquellos trabajadores que no dependieran de un patrono.

La misma Ley establece que la extensión, forma, condición y clase de trabajadores que gozarán de los beneficios del Seguro Social, será establecido y regulado por un Reglamento que en cada oportunidad al efecto se dictará.

- ✓ El 10 de mayo de 1954, por Decreto Ejecutivo No. 37, se promulgó el **Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social**⁸⁶, el cual señala quiénes a partir de aquel momento quedan incorporados a los beneficios del Seguro Social; excluyendo expresamente al trabajador

⁸² D.L. No. 241 del 22 de Enero de 1963, publicado en el D.O. No. 22, Tomo 198 del 1 de Febrero de 1963

⁸³ <http://www.csi.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/7c2626866f2b32d8862564ca0060e399?OpenDocument> Revisado el 8 de Noviembre de 2011

⁸⁴ D.L. No. 15 del 23 de Junio de 1972, publicado en el D.O. No. 142, Tomo 236, del 31 de Julio de 1972

⁸⁵ GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. pág. 30

⁸⁶ D.E. No. 37 del 10 de Mayo de 1954, publicado en el D.O. No. 88, Tomo No. 163 del 12 de Mayo de 1954

domésticos en el Art. 2 que dice: “El Régimen del seguro Social no será aun aplicable:

- a) A los trabajadores domésticos;
- b) A los trabajadores eventuales; y
- c) A los trabajadores agrícolas.”

- ✓ La misma suerte corrió cuando se dictó el **Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte**⁸⁷ el día 25 de septiembre de 1968. Dice el Art. 3: “Quedan exceptuados transitoriamente de los dispuesto en el artículo anterior:

- b) Los trabajadores domésticos”⁸⁸

Mención Especial sobre la Actual Situación del Trabajador Doméstico respecto a la Seguridad Social:

El artículo 22 de la Ley del Seguro Social vigente establece la implementación gradual del régimen de la seguridad social. En base a dicha disposición el órgano ejecutivo promulgó el **Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos**⁸⁹ en donde se derogó la letra “a” del artículo 2 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, por lo que se debe de considerar que la seguridad social ya no excluye al Trabajador Doméstico.

⁸⁷ D.E. No. 117 del 25 de Septiembre de 1968, y publicado en el D.O. No. 240, Tomo No. 221 del 20 de Diciembre de 1968

⁸⁸ GUZMAN, C.B y otros, Óp. cit. Pág. 31. Aquí los autores en comento citan la Monografía de **MELVIN CASTILLO** llamada “**Situación de los trabajadores domésticos en nuestra legislación**” págs. 112 y 114

⁸⁹ D.E. No. 74 del 31 de Mayo de 2010, y publicado en el D.O. No. 101, Tomo No. 387 de 1 de Junio de 2010

CAPITULO III: MARCO TEORICO CONCEPTUAL DEL DERECHO LABORAL.

3.1 DEFINICIÓN DE DERECHO LABORAL.

Para definir lo que es el derecho laboral, se debe abordar primero en la problemática que se ha dado al intentar designarlo; ya que a lo largo de la historia éste ha sido llamado de diversas formas como: Derecho Social, Derecho Obrero, Derecho Industrial, Derecho Económico Social, Derecho de los Trabajadores y Derecho del Contrato de Trabajo; entre otros⁹⁰; lo cual como es lógico ha dado una conceptualización múltiple sobre esta disciplina jurídica.

Esta disciplina nace a partir de la imposición del capitalismo como Modo de Producción imperante, lo que causó, como explica la teoría marxista, el nacimiento de dos clases sociales: por un lado la burguesía, quienes son los dueños de los medios de producción; y por el otro lado, el proletariado. El Derecho Laboral surge, en gran medida, por el desequilibrio generado, aumentado este antecedente sociológico⁹¹ por el maquinismo, el cual afectó negativamente a los trabajadores⁹².

Entre algunas de las definiciones que la doctrina le da al Derecho Laboral, llamado por algunos: Derecho del Trabajo, consideramos las más relevantes:

- Manuel García Fernández define el “Derecho de Trabajo como el conjunto de normas que regulan los procesos de empleo de los trabajadores por cuenta ajena, lo que incluye tanto la regulación de la organización y actividad normativa de las instituciones que intervienen en estos procesos como la regulación de las condiciones jurídicas y materiales a que se encuentra

⁹⁰ ALFARO PÉREZ, L.E. y otros, óp. Cit. Pág. 20

⁹¹ PÉREZ, B. “**Derecho del Trabajo**”, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1983, pág. 65

⁹² *Ibíd.* Pág. 66

sujeta la prestación de trabajo y que es resultado de esta intervención. Como disciplina jurídica, el derecho de trabajo estudia estas instituciones, sujetándolas en bloques o núcleos normativos de acuerdo con su función”⁹³.

- Para Néstor de Buen es “Aquel que tiene por finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente”⁹⁴.
- Benito Pérez concibe “el derecho del trabajo como el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, derivadas tanto de la prestación individual de trabajo como de la acción gremial organizada en defensa de los intereses profesionales.”⁹⁵
- Francisco Alemán Páez y otros definen al derecho laboral como “disciplina autónoma del ordenamiento jurídico que, de acuerdo con el sustrato social y económico, regula las relaciones que tienen como presupuesto el trabajo humano prestado de manera personal y voluntaria en condiciones de ajenidad y dependencia”⁹⁶.
- Julián A. de Diego define al derecho laboral así: “Es la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores dependientes y empleadores, a los efectos de reglar sus deberes y derechos”⁹⁷

⁹³ GARCIA FERNANDEZ, M. “**Manual de Derecho de Trabajo**”, Editorial Ariel, S.A Ariel Derecho, Primera Edición, Barcelona, España. 1990, pág. 10

⁹⁴ DE BUEN, L. N. “**Derecho del Trabajo**”, Tomo I, novena edición, actualizada y revisada, editorial Porrúa S. A, México, 1994, pág. 137. El autor en referencia se basa en la definición proporcionada por Guillermo Cabanellas en su libro “**Introducción al Derecho Laboral**”, Tomo I, pág. 470

⁹⁵ PEREZ, B. óp. cit. Pág. 72

⁹⁶ ALEMAN PAEZ, F. y otros “**Derecho del Trabajo I**” Vicerrectorado de Planificación y Calidad de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera Edición, España, 2006, pág. 49

⁹⁷ DE DIEGO, J.A “**Manual de Derecho Laboral para Empresas: Con Actualización en Internet durante 12 meses**”, Errepart S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 18

3.2 NATURALEZA JURIDICA.

En la doctrina se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del Derecho Laboral a partir de la discrepancia que surge al querer situarlo dentro del derecho de trabajo de forma individual o como también de forma colectiva, ya que la primera tiende a pertenecer a la naturaleza de Derecho Privado; mientras que los segundos son ubicados en el Derecho Público⁹⁸.

Asimismo han existido posiciones eclécticas que incorporan todas las manifestaciones jurídicas del trabajo como un derecho mixto en donde se combinan ambas posturas por tener como contenido integrante ambos tipos de normas⁹⁹.

Diversos autores han calificado al derecho laboral como un derecho social¹⁰⁰, tales como: Georges Scelle, George Gurvitch y Menéndez Pidal. En este punto debemos definir el derecho social como: “el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”¹⁰¹; siendo ésta, según nuestro punto de vista, la categoría más indicada en la que encaja el Derecho Laboral.

Esto es así debido a que el derecho laboral busca proteger una clase social determinada: la clase proletaria, la cual desde un punto de vista de derecho netamente privado o civilista no gozaría de las garantías que esta rama del derecho social promueve, la principal razón de lo antes dicho es que el derecho privado depende terriblemente de la voluntad de las partes,

⁹⁸ ALFARO PEREZ, L.E. Y otros, óp. Cit. Pág. 24

⁹⁹ ibíd. Pág. 26

¹⁰⁰ Ibíd. Pág. 27

¹⁰¹ MENDIETA Y NUÑEZ, L. “**El Derecho Social**”, Editorial Porrúa. S.A., México. D.F., México, 1980, pág. 66

considerándolos iguales legalmente; sin embargo: “la igualdad legal abstracta se tradujo en una profunda desigualdad en la realidad económica, no se manifestó como una negativa del derecho y garantía de igualdad, sino como un estado existente entre dos sujetos colocados en la misma situación de gobernados, condición que mejoró con el reconocimiento de los derechos sociales”¹⁰², y es que si bien los liberales sólo consideraban la igualdad ante la ley¹⁰³, con la abolición de los privilegios consagrados en la ley, los socialistas y colectivistas consideraban que “los sujetos no eran iguales en el punto de partida”¹⁰⁴; es decir, materialmente los trabajadores no eran iguales a sus patrones y si bien esta es una concepción política¹⁰⁵ pone en evidencia la desprotección de los trabajadores.

Es así que el derecho laboral, como los derechos laborales, “no están destinados a garantizar la libertad frente al estado y la protección contra el estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado”¹⁰⁶

3.3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO LABORAL.

Doctrinariamente se afirma que antes del siglo XIX¹⁰⁷ no existía el Derecho del Trabajo, además desde sus comienzos el Derecho Laboral no ha evolucionado en un sentido uniforme en todos los países, en algunos avanzó más rápido que en otros y hay otros en los que se quedó estancado, esto debido al pensamiento político, económico y social de cada país; por esta

¹⁰² BERTRAND GALINDO, F. y otros, “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo II, Talleres Gráficos UCA, primera edición, 1992, El Salvador, San Salvador, pág. 796

¹⁰³ *Ibíd.* Pág. 797

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ *Ibíd.* Pág. 951

¹⁰⁷ SARAVIA BENAVIDES, J. H., “Derecho del Trabajo, Naturaleza Jurídica, Características, Objeto y Fines”, Tesis Doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1971, pág. 119

razón, las opiniones de los distintos autores en cuanto a las características del Derecho Laboral no son uniformes.

Así por ejemplo para Geigel–Polanco, autor citado por Cabanellas, “los caracteres del Derecho Laboral son:

- **Un Derecho nuevo:** porque su aparición como cuerpo de doctrina y ordenamiento jurídico es relativamente reciente.
- **Diferenciado:** por que reviste cualidades propias que lo distinguen de las otras ramas del derecho.
- **Autónomo:** por que concierne a un orden de relaciones jurídicas, el de regular los factores de la producción, además de propender a mejorar el nivel de vida de la comunidad en general y sus instituciones típicas, responder a un propósito específico de justicia social, como se proclama con mayor o menor efectividad práctica por todas las naciones de la época actual.”

En ese mismo contexto, el tratadista clasifica “las características de la legislación de trabajo:

- **Eminentemente tutelar:** en el sentido de responder a propósitos deliberados de protección de las clases y grupos sociales económicamente débiles, necesitados e indefensos, tales como los trabajadores;
- **De clase:** en cuanto se dirige a amparar derechos o a proteger a determinadas clases o grupos sociales que han menester de la acción tutelar del Estado;
- **Responde a un propósito específico de justicia social,**
- **Reconoce significación social del trabajo y exalta los valores humanos del obrero**

- Imprime a la vida una mayor dignidad y la dota de más altas finalidades
- Significa una positiva intervención del poder público en el proceso de la producción, en la esfera de la libertad económica y contractual; y en actividades que la vieja filosofía social señala a la iniciativa privada.
- Tiene carácter de orden público que se manifiesta en la obligatoriedad de sus disposiciones, en la irrenunciabilidad de los derechos que establece y en la nulidad de toda estipulación que exima de las responsabilidades que la misma fija.”

Para Martín Granizo y González Rothvoss, autores también citados por Cabanellas, las características del Derecho al Trabajo son las siguientes:

- Es una legislación privilegiada de clase
- Supone una socialización del Derecho, con creciente superación del carácter estatuario sobre el contractual,
- Posee un espíritu especialísimo y nuevo
- Tiende a ampliar su contenido
- Propende a la unificación
- Representa un predominio creciente del Derecho extra estatal sobre el estatal.

Algunas de las características arriba mencionadas coinciden con las de otros autores, otras como veremos no son uniformes, esto se explica por la diferencia de ideas en los diferentes episodios coyunturales de las distintas sociedades.

Algunas de las características que presenta Guillermo Cabanellas :

- “Es un Derecho nuevo: como elemento de una organización económica actual se verifica su desarrollo planteándose en el presente situaciones varias que derivan de un orden de relaciones que son diferentes y por lo tanto distintas a aquellas que sirvieron de punto de partida a las ramas tradicionales del derecho: Público y Privado.
- Su legislación es de orden público: las normas que contiene son objeto de sanciones rigurosas, y no pueden ser descartadas por la voluntad de las partes en los contratos individuales de trabajo ni aun por las convenciones colectivas de condiciones de trabajo.
- Tiene carácter protector: al introducir reglas restrictivas, limitando la utilización de la mano de obra, y al establecer ciertas disposiciones tutelares para los trabajadores, la legislación laboral, como el Derecho que la contiene, reviste el carácter de protectora para los sujetos activos de la prestación de trabajo, especialmente cuando se trata de mujeres y menores.
- Sus normas tienden a la internacionalización: la conferencia de la O.I.T., como parlamento con representación de los diversos países del mundo, elabora convenciones y promueve recomendaciones que al ser incorporadas a la legislación positiva de cada Estado, dan a ésta semejantes o iguales caracteres, provocando una cierta y cada vez más generalizada internacionalización de las normas laborales.
- Es un derecho con autonomía didáctica, científica y legislativa: estos caracteres, que aun discutidos por parte de la doctrina es necesario ya admitir, provocan la necesidad del examen particular de sus instituciones relacionándolas con las de las restantes ramas de la enciclopedia jurídica y especialmente, con el Derecho Civil, de cuyo

tronco procede y con el cual mantiene y mantendrá profundas relaciones.

- Está actualmente en plena evolución: caracteres económicos de la industria y de la producción, un perfeccionamiento de sus instituciones y la transformación de ciertos conceptos hacen que el Derecho Laboral esté en constante evolución, marchando en “Progresión racional”, sin poderse predecir cuál será el límite actual de esa evolución.

Para el doctor BENAVIDES SARAIVIA¹⁰⁸, las características del Derecho del Trabajo son las siguientes:

1. Es imperativo por naturaleza: el Derecho Laboral es un estatuto regulador de las relaciones entre patronos y trabajadores. El mencionado autor dice que regula dichas relaciones de forma coactiva, porque los patronos se niegan a dar a los trabajadores las prestaciones a las que estos tienen derechos. Si los efectos que nacen de estas relaciones, no se hicieran efectivas en forma forzosa no tendría razón de existir el Derecho Laboral.

La imperatividad de las normas de Derecho son relativa y absoluta o lo que los romanos denominaron jus dispositivum y jus cogens, la relativa tiene aplicación en el Derecho Privado, mientras que la imperatividad absoluta, en los dominios del Derecho Público; el Derecho del Trabajo no pertenece al derecho privado porque sus relaciones no están regidas por el principio de la autonomía de la voluntad, distintiva y predominante en el Derecho Civil; puesto que fueron precisamente esos abusos de la autonomía de la voluntad los que obligaron al Estado a intervenir en las relaciones laborales para proteger al trabajador y darle las condiciones dignas de ser humano. No es trascendente, según el autor, para el reconocimiento de dicha características,

¹⁰⁸ Ibid. Pág. 128

que en la época en que se crea el Derecho Laboral existan legislaciones en las que dicha imperatividad haya sido negado, o que hayan civilistas que aseguran que el Derecho Laboral pertenece al ámbito del Derecho Privado.

Los que niegan la imperatividad del Derecho Laboral argumentan que las relaciones y efectos jurídicos emanan del contrato de trabajo, obedecen a un acuerdo de voluntades entre patronos y trabajadores; pero se contradice su argumento por que el Código de Trabajo regula que dicho acuerdos tengan parámetros para su convención.

2. Por la existencia de una fuente nueva: se trata de una fuerza social creadora, de tipo normativo. Tal fuerza está constituida por grupos o entidades de carácter profesional, destinada a fijar convenios y a establecer acuerdos, no solo con efectos constitutivos, sino normativos o reguladores. Lo que en esencia el autor quiere resaltar es que estos acuerdos o convenios, son creadores de verdaderas normas, con toda la fuerza legal durante su vigencia.

3. Tiene un valor esencialmente social: no se refiere a que lo social pertenezca exclusivamente al Derecho del Trabajo, pues ya se sabe que el Derecho no puede ser concebido fuera de la sociedad. Esta materia en todas sus instituciones se encamina a velar no por los intereses individuales en sí, sino por atender las necesidades del grupo, es decir, se unifican esfuerzos para resolver los grandes problemas de la colectividad; luchando por que haya una justicia social que humaniza la manera de obrar de los trabajadores y patronos.

Para Amadeo Allocati¹⁰⁹, entre otras, como características del Derecho del Trabajo, menciona las siguientes:

¹⁰⁹ALLOCATI, A. “Derecho del Trabajo, Derecho Individual y Derecho Colectivo, sus caracteres, en Derecho Colectivo Laboral”, ediciones DEPALMA. BB.AA.1973, págs. 17-18

- a) Regula las relaciones que surgen del trabajo por cuenta ajena, subordinado y dependiente.
- b) Es un derecho eminentemente protector del trabajador, porque tiende a compensar la desigualdad económica en que se halla frente al empleador.
- c) Es un Derecho cuya fuerza expansiva se ha puesto de manifiesto a través del tiempo. Inicialmente protegió al obrero industrial, posteriormente extendió su protección a favor de quienes laboraban en actividades comerciales, en la agricultura, el servicio doméstico, etc. Actualmente ha ampliado su protección a relaciones laborales en las que la subordinación o dependencia no es muy nítida.
- d) Sus normas son de orden público y, por tanto, forzosas, imperativas e irrenunciables, porque establecen derechos mínimos que solamente pueden ser superados por acuerdo de partes.
- e) Es un derecho inconcluso que está en plena evolución, cuya misión es lograr que los contenidos mínimos que protege “crezcan continuamente y en la proporción que determinen los cambios sociales y económicos, la necesidad de los trabajadores y las posibilidades de la empresa”.
- f) “Responde a un propósito específico de justicia social que lleva implícito el concepto de respeto a la persona humana”, que se invoca en los parlamentos por los legisladores de todas las ideologías, aparece como fundamento en las constituciones de todos los países cultos y constituye un clamoroso anhelo de los oprimidos.

Jesús García Ortega, Juan M. Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco¹¹⁰, citando a Camerlynck y Lyon Caen, señalan como características del

¹¹⁰ DEL ROSARIO CHAVEZ,R., “**Derecho Individual del Trabajo**”, Universidad “Los Ángeles” de Chimbote / Sistema de Universidad Abierta, 2006, Chimbote, Perú, pág. 35

Derecho del Trabajo su particular dinamismo, sus contradicciones internas y su universalismo.

h) Se trata de un ordenamiento inestable, sometido a constante evolución como consecuencia de los cambios tecnológicos, los conflictos ideológicos y por la presión que ejerce sobre él la política económica. No obstante, los mencionados autores aluden a un cierto elemento de continuidad, que sería el carácter progresista de este derecho.

i) Sus contradicciones internas están dadas por la oposición inevitable entre la empresa y los trabajadores que emplea. El conflicto de intereses que subyace en las relaciones de trabajo, como lo ha reconocido unánimemente la doctrina, no solamente es de tipo económico, sino también social, además de técnico. En el plano económico, el conflicto está dado porque el salario es un medio de vida para el trabajador, en tanto, para el empleador es un costo de producción; de aquí que el primero tenga sumo interés en incrementarlo, en tanto el segundo su interés sea reducirlo a fin de mantener sus márgenes de ganancia. En el plano social, el conflicto se da como consecuencia de la “inevitable estructura jerárquica de la empresa, donde el poder de mando no es compartible, aunque pueda ser controlado y contestado”. Por último, el conflicto técnico se da “como consecuencia de la separación entre la planificación y la ejecución del trabajo”. Sin embargo, se anota que la oposición de intereses “no impide una cierta solidaridad porque “la prosperidad económica soporta y alimenta el progreso social”¹¹¹.

3.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

Los principios generales del derecho laboral definen, según doctrina, “aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con

¹¹¹ Ibid. Pág. 36

arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho”¹¹²; es decir que tienen un carácter axiológico y deontológico que informa a la mencionada rama del derecho. Esto es debido a que dichos principios tienen la finalidad de: “prestar protección a los trabajadores respecto a la necesidad de equilibrar fuerzas e intereses opuestos respecto de ambas partes en el contrato individual de trabajo, esto es trabajadores y empleadores, logrando una estabilidad de la relación jurídica”¹¹³.

3.4.1 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

Este principio tiene su base en el artículo 52 inciso primero de la Constitución de la República que dice: “los derechos consagrados a favor de los trabajadores son irrenunciables”; la razón de dicho mandato constitucional radica en la posición desventajosa del mismo trabajador quien se podría ver obligado a renunciar a estos derechos¹¹⁴. Este principio es connatural al derecho laboral, puesto que mientras en el derecho común la regla es la renunciabilidad, en el derecho laboral esto es opuesto¹¹⁵. Este principio como se ha dicho supra tiene la finalidad de proteger al trabajador evitando todo perjuicio a sus intereses¹¹⁶. Este principio, según Alberto Raúl Najún Zarazaga, constituye la esencia de las manifestaciones del espíritu protectorio del derecho del trabajo¹¹⁷.

3.4.2 PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

Este principio tiene su principal base legal en el artículo 14 del Código de Trabajo, en el cual se lee: “en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma

¹¹²GARCÍA, M.A. “**Derecho del Trabajo**”, Sin Edición, Editorial JT, Barcelona, 1960. Pág. 247

¹¹³NAJÚN ZARAZAGA, A. R. “**Manual de Derecho del Trabajo, Individual, Colectivo y de la Seguridad y Previsión Social**”, segunda edición, La Ley S.A.E e I., Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. 59

¹¹⁴GUZMÁN, C. B., óp. Cit. Pág. 47

¹¹⁵NAJÚN ZARAZAGA, A. R., óp. Cit. Pág. 64

¹¹⁶Ibidem

¹¹⁷Ibidem

que se adopte debe aplicarse en su integridad”. Este principio se traduce al idioma castellano como: a favor del trabajador, no es un privilegio al trabajador, de hecho es una garantía¹¹⁸. Este principio, según Alberto Raúl Najún Zarazaga, es una manifestación del **principio protectorio o tuitivo**, el cual “está referido al mantenimiento de un equilibrio entre las partes contratantes, teniendo en cuenta la falta de igualdad atendiendo a quien posee la fuente de trabajo”¹¹⁹; así, según el mismo autor, doctrinariamente se reconocen tres reglas esenciales para la defensa del trabajador: la norma más favorable, la condición o norma más beneficiosa y el in dubio pro operarii¹²⁰; este último es del que hemos hablado en el presente apartado. En el **Principio Protectorio o Tuitivo**, comentado supra, una de sus reglas esenciales es la **Regla de la norma más favorable**¹²¹.

Sobre esta regla esencial, el argentino Najún Zarazaga ha mencionado que “tiene por objeto establecer un parámetro de interpretación en orden a decidir la aplicación de una norma entre varias propuestas, es una característica que limita la autonomía de la voluntad de la parte y está directamente relacionada con la efectividad de este principio; y, dentro de la doctrina, nuestro ordenamiento legal se pronunció por el conglobamiento orgánico o por instituciones. Ante la existencia de dos normas contradictorias, corresponde aplicar aquella más favorable al trabajador siguiendo este principio protectorio”¹²². De igual forma, y siguiendo con la doctrina argentina se establece que debe aplicarse la normativa de la ley o del convenio colectivo en su conjunto la que resulte **condición más beneficiosa para el trabajador**, no pudiendo parcializar según convenga, se debe aplicar en su totalidad sin despedazar ninguna; remuneración, vacaciones, extinción de

¹¹⁸Ibíd. Pág. 61

¹¹⁹Ibíd. Pág. 59

¹²⁰Ibíd.

¹²¹NAJÚN ZARAZAGA, A. R., óp. Cit. Pág. 59

¹²²Ibíd. Pág. 60

contrato de trabajo, si el instituto no está reglado por convención colectiva o estatuto profesional, se regirá por la ley de contrato de trabajo; si existen ambos, por aquel que más favorezca al trabajador.

3.4.3 PRINCIPIO DE CONSOLIDACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

Este principio tiene su base legal¹²³ específicamente en el inciso segundo del artículo 634 del Código de Trabajo. Este artículo en su inciso segundo literalmente dice: “Si los derechos, beneficios o prerrogativas, son superiores a los que este Código concede, las cláusulas o normas que los establecen continuarán vigentes, quedando por tanto consolidados a favor de los trabajadores.”

Puede observarse que según este inciso relacionado, de ser más favorable algún reglamento, contrato individual, contrato colectivo, entre otras fuentes de derechos y obligaciones laborales, tendrán preferencia estos últimos sobre el Código de Trabajo. En otras palabras, el principio de consolidación de las normas laborales consiste en que aquellos derechos ya conquistados no pueden ser regresivos. Esto se dispuso así, como norma transitoria, en el momento en que entraba en vigencia el actual Código de Trabajo.

3.4.4 PRINCIPIO DE JUSTICIA SOCIAL

El principio de la Justicia Social tiene su base en el artículo 52 de la Constitución de la República en donde se lee: “la enumeración de los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social”. Este principio según la jurisprudencia nacional está íntimamente ligado a la finalidad del Derecho laboral¹²⁴. La justicia social tiene como nota particular procurar “la elevación

¹²³ GUZMÁN, C. B., óp. Cit. Pág. 47

¹²⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del 20 de Marzo de 2006. Casación Ref. 280-C-2005

del nivel de vida de los trabajadores imponiendo a los patronos determinadas responsabilidades, a favor de un acreedor individual o de la sociedad como acreedora, y puede llegar, inclusive, el estado a asumir responsabilidades sociales, para cuya atención recoge las aportaciones de los particulares, patronos y trabajadores y, eventualmente, hace su propia aportación”¹²⁵. La Corte Suprema de la Nación Argentina describe este principio como: “ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y de los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”¹²⁶.

De lo dicho se concluye que el principio de Justicia Social es una garantía hacia aquellos miembros de la sociedad que están en una posición de desigualdad material respecto a otros, por lo que dicho principio se vuelve una regla deontológica que obliga a interpretar favorablemente la normativa laboral, aparte de inspirar legislaciones con un fuerte contenido social.

3.5 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO LABORAL

Para comprender el concepto de **sujetos del derecho laboral** se debe comenzar a partir de definiciones básicas las cuales nos llevarán a crear una conceptualización más completa, es así como en miras de esclarecer el presente planteamiento debemos de enumerar lo siguiente:

- **Los sujetos de derecho** únicamente son las personas¹²⁷, las cuales según el artículo 52 del Código Civil son dos: la persona natural y la persona jurídica; así mismo, la Constitución de la República, en su inciso segundo,

¹²⁵ GUZMÁN, C. B., óp. Cit. Pág. 48

¹²⁶ NAJÚN ZARAZAGA, A. R., óp. Cit. Pág. 66. El autor cita la jurisprudencia del máximo tribunal argentino sin mencionar el número de referencia.

¹²⁷ BAIZA G. A., “**LOS SUJETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO**”, Tesis doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1971, pág.31

artículo 1, reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, lo cual lleva a la conclusión evidente de que la persona natural desde sus inicios básicos y fundamentales es sujeta de derechos. De lo antes dicho, tomando en cuenta la Constitución y el Código Civil, podemos afirmar que para ser **sujeto del derecho laboral** se debe ser una persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

- **Trabajo:** que se puede definir como “Ocuparse en cualquier ejercicio útil o interesante para la sociedad o de lícito provecho para el individuo”¹²⁸.
- **Los sujetos del derecho del trabajo:** son todas las personas naturales o jurídicas que en más de alguna manera participan en la relación laboral¹²⁹.
- **Trabajador:** “Trabajadores son todas las personas físicas consideradas en su individualidad, porque las personas jurídicas están imposibilitadas de ejecutar una prestación de servicio por sí mismas, lo que no quiere decir que no se pueda contratar la ejecución de una obra; sin embargo, para la realización del servicio tendrá que recurrirse a la actividad de personas físicas que serán efectivamente trabajadores.”¹³⁰. Así, el Código de Trabajo de 1963, en su artículo 4, establecía que: “trabajador es toda persona natural que presta sus servicios a otra, natural o jurídica, en virtud de un contrato de trabajo”¹³¹; similar al concepto que daba la antigua Ley de Contratación Individual de Trabajo en su artículo 2¹³²; así mismo, lo establecido en el artículo tres del Proyecto de Código de Trabajo redactado en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social en el año de 1969, nos dejan en el entendido que trabajador únicamente puede serlo la persona natural o física, es decir que la ley no toma como trabajador a la persona jurídica¹³³. En ese sentido, el

¹²⁸ CABANELLAS, G. “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Laboral*”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, Tomo II, Pág. 30.

¹²⁹ BAIZA G.A., Óp. cit., Pág. 31

¹³⁰ DEL ROSARIO CHAVEZ, R. óp. Cit. Pág. 97.

¹³¹ BAIZA G.A., Óp. cit., Pág. 32

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*

término de trabajador que usaba el Código mencionado y la mayoría de legislaciones laborales de esa época era amplio y buscaban acabar con las distinciones que se hacían de trabajador manual, obrero, intelectual, empleado etc.¹³⁴

La doctrina se encargó de hacer tales distinciones estableciendo reglas para individualizarlos, tales como las que aportó Mario de la Cueva, en su obra Derecho Mexicano del Trabajo al citar a Ludovico Barassi; mencionando cuatro criterios principales para establecer los conceptos: “1) una primera teoría, la más antigua, es en la cual creyó encontrar la diferencia en la naturaleza del trabajo; el trabajo manual caracterizaría al obrero, y el trabajo intelectual sería la categoría de los empleados. Pero no se podía establecer con esa clasificación el límite entre las dos formas de trabajo; 2) una segunda opinión se inclinó a buscar la diferencia en la forma de pago del salario, el obrero es aquel a quien se le paga a la semana o a la quincena, y el empleado el que recibe su pago al mes. Dicho criterio no fue considerado por la falta de seriedad; 3) una tercera escuela vio la distinción en la diversa naturaleza de las actividades; el obrero tendría su campo en la industria mecánica, mientras el trabajo comercial sería propio de los empleados. Pero tampoco ésta se consideró una distinción exacta; 4) también, se distinguió que empleado es aquel trabajador que tiene funciones de colaboración con el empresario, en el entendido de que esta colaboración debe consistir en la ayuda que imparte el trabajador en las funciones de administración de la empresa y; 5) finalmente, otros autores basaban la diferencia de empleados y obreros en la diversidad de clase social a la que pertenecen cada uno de estos y al nivel cultural que poseen, pero ninguna de las diferencias es exacta, por lo cual se concluyó que lo más aceptable es aunarlos en una sola categoría y denominar a cada uno como lo que es: trabajador; entendido que

¹³⁴ Ibid. Pág. 33

comprende al trabajador manual, al intelectual, al asalariado y al independiente, obrero y empleado¹³⁵". Al respecto, el actual Código de Trabajo, en su artículo dos, "precisa que el término trabajador comprende tanto a los obreros como a los empleados, sin hacer distinción sobre si es público o privado, es decir que el legislador no hace distinción en la terminología empleada, por lo que se deduce que es inconsecuente que lo pueda hacer el operador de justicia"¹³⁶. Es de aclarar que no se debe confundir esta clasificación puesto que se trata del desconcierto de opiniones que existía al hacer las distinciones de trabajador manual, intelectual, asalariado independiente, obrero y empleado; nada tienen que ver éstas con la denominación que posteriormente se asignaron según tipo de trabajo, es decir, se denominaron sólo en el entendido de hacer referencia a la clasificación específica del trabajo que realizaban, por ejemplo: trabajador doméstico, trabajador agrícola, trabajador aprendiz, trabajador a domicilio etc. Así también, el doctor Henríquez Domínguez plantea los elementos que deben suscitarse para que una persona pueda categorizarse como trabajador:

- a) Realización de un trabajo, de una actividad, manual, intelectual, o mixta;
- b) Que el trabajo se realice por cuenta ajena;
- c) Relación de dependencia entre quien da el trabajo y quien lo recibe,
- d) Una remuneración, aun cuando no se hubiere fijado de antemano.¹³⁷

- **El Patrono o empresario, el empleador o capitalista:** entre otras denominaciones más o menos sinónimas, es quien emplea

¹³⁵ *Ibíd.* pág. 35

¹³⁶ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Diciembre de 2007, de la Casación con numero de referencia: 128-C-2005

¹³⁷ HENRIQUEZ DOMINGUEZ, A. E., "Los Sujetos del Derecho del Trabajo", Tesis Doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1970, Pág. 28

remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él. Haciendo una distinción entre estos términos, se puede decir que **Empleador**: “Conocido también como patrono o principal, el empleador es la persona física o jurídica que adquiere el derecho a la prestación de los servicios y la potestad de dirigir la actividad laboral del trabajador, que pone a su disposición la propia fuerza de trabajo, obligándose a pagarle una remuneración. Es el deudor de la remuneración y acreedor del servicio. Puede ser una persona física (natural) o jurídica. No deriva de un status anterior, sino de la de sujeto del contrato de trabajo. Tampoco deriva de una posición social o económica. Puede o no perseguir un fin económico lucrativo al contratar los servicios de un trabajador. Igualmente, puede o no ser un empresario. Su condición tampoco depende del ejercicio de una empresa, sino de las necesidades directas del dador de trabajo”¹³⁸. Para el doctor Henríquez Domínguez, el concepto de patrono es distinto al de empresario y se diferencia por su misma etimología, ya que el primero implica un contenido moral y de formación profesional y el segundo tiene un contenido económico que “ve en sus componentes y miembros meros factores de producción”¹³⁹. Esto se trae a cuento puesto que en la doctrina se visualizan como sinónimos distintos términos que hacen referencia al mismo sujeto que es el mismo patrono: como principal, empresario dador de empleo, dador de trabajo, acreedor de trabajo y empleador. Finalmente, los elementos para tener la calidad de patrono, según el doctor Henríquez Domínguez, son¹⁴⁰:

- a) Puede ser una persona natural o jurídica.
- b) Que reciba una prestación consistente en una actividad manual, intelectual o mixta.

¹³⁸ DEL ROSARIO CHAVEZ, R., “Derecho Individual del Trabajo”, Universidad “Los Ángeles” de Chimbote / Sistema de Universidad Abierta, 2006, Chimbote, Perú, pág. 98

¹³⁹ HENRIQUEZ DOMINGUEZ, A. E. óp. Cit. Pág. 46

¹⁴⁰ Ibíd. 47

- c) Relación de dependencia entre quien recibe el trabajo y el que lo presta,
- d) Que la persona que recibe la prestación pague una remuneración a la persona de quien lo recibe.

El Código de Trabajo, en su artículo 17 inciso 2º, se limita a decir que es quien recibe el servicio y remunera; en otras palabras, es el poseedor de los medios de producción como dicen los marxistas, es el dador de trabajo.

Se clasifica¹⁴¹ en la doctrina al patrono de la siguiente manera:

- **Como persona natural y persona jurídica:**

Se entiende **patrono persona natural** al individuo sujeto de derechos y obligaciones; y **patrono persona jurídica** “al conjunto de personas naturales, las cuales debido a la imposibilidad física del ente social, lo representan en sus actuaciones judiciales y extrajudiciales; por lo que lo ejecutado por estos, dentro del límite enmarcado en el pacto social, se toma como ejecutado por el ente jurídico”¹⁴².

- **Como patrono privado y patrono público:**

Patrono público en el entendido que es un ente estatal el empleador, refiriéndose a que dentro de éstas están las instituciones estatales centralizadas y las descentralizadas; y será patrono privado todo aquél que quede fuera de esta categoría. Al respecto la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dice que: “**el concepto patrono es incompatible respecto del estado**, en tal sentido, el Estado no puede ni debe confundirse con la categoría patronal, antes bien debe observarse como un medio o instrumento ingeniosamente establecido por el pueblo y para el pueblo, por el ciudadano y para el ciudadano, por una democracia acorde a la concepción

¹⁴¹BAIZA G.A., Óp. cit., Pág. 44

¹⁴²Ibidem.

personalista plasmada en el art.1 Cn., que en lo pertinente proclama: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.” De manera que el concepto de patrono o patronos es constitucionalmente incompatible en la relación de funciones públicas. La extensión del concepto “patrono” respecto del estado o de sus funcionarios dentro del gobierno es desde luego un acomodo figurado o una licencia terminológica, pero en modo alguno corresponde a su significado propio o estricto. Con todo, si se admite la calidad “patronal” del Estado o de sus funcionarios, dicha calidad no puede ser cien por ciento equivalente a la de los sujetos comprendidos por el significado estricto del término. Otro tanto acontece en el extremo opuesto: quien sirve en la función pública desempeña un trabajo no equiparable en un cien por ciento al que desempeña un trabajador ordinario tradicional; todo porque, en realidad, el destinatario de los servicios públicos que debe asumir el Estado es el pueblo¹⁴³. El **patrono privado** es toda persona, natural o jurídica, que no tiene la soberanía de la que goza un ente público y que su posición “patronal” se debe principalmente a ser la persona que disfrutará del servicio prestado por el trabajador, es así que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: **“no es requisito que el patrono sea a su vez, propietario del centro de trabajo.** Ciertamente la calidad de patrono no necesariamente debe coincidir con la de propietario de un centro de trabajo; el hecho de que un patrono no tenga la calidad de propietario en nada incide respecto de los conflictos que se generen a raíz de la relación laboral existente. Esta Sala estima que en el expresado documento no se puede tener por establecido los hechos antes expresados, pues el mismo solo acredita que el inmueble donde laboró el demandante no es propiedad del

¹⁴³ Sentencia del 16 de octubre de 2007. del Recurso de Inconstitucionalidad con número de referencia 63-2007/69-2007

demandado; pero, como antes se dijo, la calidad de propietario del lugar de trabajo es intrascendente para el derecho laboral; lo que a este interesa es que el demandante haya prestado un servicio en condiciones de subordinación y que el demandado, haya recibido y lo haya remunerado; lo que está acreditado con la prueba testimonial en el proceso; no importando la calidad jurídica que tenga el demandado con respecto al lugar o centro de trabajo”¹⁴⁴.

- **Una tercera clasificación entre patrono sustituto y patrono sustituido:**

Esta es la última de las clasificaciones a las que hace referencia el doctor Baiza. Para él la figura a la cual se hace referencia, la sustitución patronal, se da en los casos de transferencia, venta, arrendamiento, etc.; de la empresa y se justifica tal figura en la protección de una estabilidad para el trabajador.¹⁴⁵ Al respecto, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, plantea los **Elementos constitutivos de la figura de la sustitución patronal** al decir que “La sustitución patronal como institución jurídica, involucra la continuidad por parte de un nuevo titular del negocio, de aquel que venía realizando el patrono o titular anterior, es decir que se le da a la empresa, que es el objeto principal a considerar, una preponderancia insustituible, de modo tal, que lo que queda intacto en la relación empresarial, es el objeto de explotación, de forma total o parcial, como en el caso de venta, arrendamiento o donación de una empresa, establecimiento o sucursal, pues en estos casos, el objeto de aprovechamiento, es el elemento vinculatorio, entre el antiguo titular y los trabajadores”¹⁴⁶.

En ese sentido, la sustitución patronal no es más que la transmisión de un conjunto de bienes que emergen de un patrimonio y entran a otro, lo cual

¹⁴⁴ Sentencia del 1 de Diciembre de 2005 del Recurso de Casación con número de referencia 203-C-2005

¹⁴⁵ BAIZA G.A., Óp. cit., Pág. 50

¹⁴⁶ Sentencia del 19 de julio de 2004.del Recurso de Casación con numero de Referencia 520 Ca. 2ª Lab. Art. 6 C.T.

implica una transmisión de unidad económica en la que las relaciones de trabajo existentes permanecen inalterables ya que no son parte en la misma los trabajadores.

Así pues, en cuanto al alcance del artículo 6 del Código de Trabajo, la misma Sala de lo Civil dice que: “**La prueba de la sustitución patronal no es exigible al trabajador.** Como se advierte, el argumento de la Cámara, está fuera de la hipótesis del artículo 6 C. de T., citado, ya que el mismo no hace alusión a los requisitos necesarios para que opere la figura de la sustitución patronal; la disposición legal da por sentado una sustitución patronal, no habla de presupuestos.

La disposición examinada se refiere a los efectos que produce la figura de la sustitución patronal, la cual no fue controvertida en ningún momento en el juicio, es decir, la demandada no hizo uso de los medios legales pertinentes (excepciones dilatorias) a efecto de que se manifestara de una manera puntual, precisa e inequívoca la relación de los hechos alegados y eso es suficiente para darla por establecida con lo dicho en la demanda, pues al trabajador no se le puede exigir prueba de ello, ya que son elementos que están normalmente fuera de su alcance; basta con que el trabajador indique en la demanda, la ubicación de la empresa o establecimiento, oficina o lugar donde se prestó el trabajo y la actividad a que se dedica el patrono, para dar por establecida la sustitución, sin que sean necesarios los requisitos que exige la Cámara Primera de lo Laboral”¹⁴⁷.

El Código de Trabajo en el artículo 17 inciso segundo se limita a decir que quien presta el servicio o ejecuta la obra se denomina **trabajador**; quien lo recibe y remunera, patrono o **empleador**. Para concluir, especificando los sujetos que son de especial interés en la presente investigación, hablaremos de los sujetos de derecho laboral en el contrato de trabajo doméstico:

¹⁴⁷ Sentencia del 2 de mayo de 2007, del Recurso de Casación con numero de Referencia 162-C-2004. Art. 6 C.T.

La normativa laboral salvadoreña es clara al afirmar que 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. Queda de esta manera definido quiénes componen los sujetos de este tipo de trabajo; sin embargo, es pertinente aclarar que del contenido del Art. 77 del Código de Trabajo se desprenden tres aspectos fundamentales¹⁴⁸:

- 1- Define quiénes son trabajadores del servicio doméstico.
- 2- Habla de las prestaciones esporádicas, caso del chofer, jardinero, etc.
- 3- Quiénes no se consideran del servicio doméstico.

Esta clase de trabajo constituye una singularidad, ya que con el servicio que se recibe por parte del patrono, éste no importa ningún lucro, sino que son servicios especiales como la asistencia personal o labores propias que se requieren en las atenciones de hogar.¹⁴⁹ Y es importante traer a cuenta que la problemática de los trabajadores domésticos es de larga data puesto que ya en 1970, el doctor Henríquez Domínguez, en su tesis doctoral “Los Sujetos del Derecho del Trabajo”, refiriéndose al trabajador doméstico, hacía la siguiente crítica: “considero la regulación especial para esta clase de trabajadores sumamente injusta debido a que por no estar sujetos ni a horario ni a jornada de trabajo, son los que trabajan más y los peor remunerados y no gozan, sin ningún motivo atendible, de muchos de los beneficios y prestaciones de que disfrutaban el resto de trabajadores”¹⁵⁰. En cuanto a este punto profundizaremos en el capítulo cinco, que es el respectivo a la comparación de las prestaciones laborales del trabajador doméstico, respecto a las del trabajador común

¹⁴⁸ GUZMAN C. B. y otro, óp. Cit. pag.62

¹⁴⁹ HENRIQUEZ DOMINGUEZ, A. E. óp. Cit. Pág. 41

¹⁵⁰ HENRIQUEZ DOMINGUEZ, A. E. óp. Cit. Pág. 43

CAPITULO IV: ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE QUE REGULA AL TRABAJADOR DOMÉSTICO.

4.1 EL DERECHO NACIONAL.

- **Constitución de la República:**¹⁵¹

“Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios”.

El artículo en comento regula la llamada “igualdad ante la ley”, la cual consiste en reconocer una igualdad formal entre todos los habitantes de un determinado estado. Es sumamente importante el precitado artículo no sólo por ser una de las conquistas de las revoluciones burguesas que vinieron a poner fin a una sociedad estamental sino porque esta norma constitucional evita que en nuestro país se den situaciones como el Apartheid o el Holocausto Judío.

“Art. 9.- Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley”.

Este artículo de la Constitución regula por un lado el deber de pagar honorarios, sueldos o salarios por el trabajo realizado o los servicios prestados, proscribiendo, por otro lado, el trabajo forzado surgido a partir de sus diversas manifestaciones como: la esclavitud y la servidumbre. Claro está, se debe de comentar que la misma disposición establece una excepción a la regla, y son los casos de calamidad pública en donde se

¹⁵¹ D.L. No. 38 del 15 de Diciembre de 1983, publicado en el D.O. No. 234, Tomo No. 281, del 16 de Diciembre de 1983

puede obligar a la población a prestar trabajo forzado, no entrando necesariamente en las manifestaciones antes mencionadas.

“**Art. 38.-** El trabajo estará regulado por un Código que tendrá por objeto principal armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, estableciendo sus derechos y obligaciones. Estará fundamentado en principios generales que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, e incluirá especialmente los derechos siguientes:”

El presente artículo será analizado a partir de comentarios por inciso, con la finalidad de hacer un análisis conciso y detallado; del inciso primero de la norma en comento se puede decir que es la base constitucional de la existencia de un “Código de Trabajo” que tendrá la finalidad de armonizar las relaciones entre los patronos y los trabajadores, es decir que dicho código deberá reconocer que ambos, patronos y trabajadores, son parte importante de la sociedad y la economía por lo que no puede pasar sobre los unos a favor de los otros a menos que sea con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores.

“1º.- En una misma empresa o establecimiento y en idénticas circunstancias, a trabajo igual debe corresponder igual remuneración al trabajador, cualquiera que sea su sexo, raza, credo o nacionalidad;”

El ordinal en comento regula el llamado principio de la **Igualdad Salarial**, la cual tiene un evidente vínculo con el derecho a la Igualdad regulado en el artículo 3 de la Constitución. La Igualdad Salarial es un derecho que tienen los trabajadores en el que obliga a los patronos a pagar a los trabajadores que desempeñan determinado trabajo el mismo salario, sin hacer preferencias sobre un sexo, raza, credo o religión. Este ordinal de hecho es la base constitucional del artículo 123 y 124 del Código de Trabajo; el primero de ellos dice textualmente: “Los trabajadores que en una misma empresa o

establecimiento y que en idénticas circunstancias desarrollen una labor igual, devengarán igual remuneración cualquiera que sea su sexo, edad, raza, color, nacionalidad, opinión política o creencia religiosa” el cual se observa es prácticamente el ordinal en comento; y el segundo: “La inobservancia de lo prescrito en el artículo anterior, dará derecho a los trabajadores afectados para demandar la nivelación de salarios”. De los dos artículos del Código de Trabajo precitados se observan dos situaciones, la obligación del patrono de no discriminar a sus trabajadores y el derecho que tiene el trabajador de exigir que le nivelen su salario con el de los demás trabajadores, es decir, una “acción niveladora”.

“2º.- Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente. Para fijar este salario se atenderá sobre todo al costo de la vida, a la índole de la labor, a los diferentes sistemas de remuneración, a las distintas zonas de producción y a otros criterios similares. Este salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural.

En los trabajos a destajo, por ajuste o precio alzado, es obligatorio asegurar el salario mínimo por jornada de trabajo;”

El ordinal en estudio es la base constitucional del **Salario Mínimo**, del cual se puede decir entre otras cosas que es un derecho que tiene todo trabajador por el principio de igualdad, por lo que es inconstitucional que algunos tipos de trabajadores no gocen de un Salario Mínimo.

“3º.- El salario y las prestaciones sociales, en la cuantía que determine la ley, son inembargables y no se pueden compensar ni retener, salvo por obligaciones alimenticias. También pueden retenerse por obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos. Son inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores;”

Se encuentra aquí la garantía de Inembargabilidad de los instrumentos de trabajo de los que son propietarios los trabajadores; asimismo es inembargable el salario y las prestaciones sociales, la misma norma estipula que no se puede hacer uso del modo de extinguir las obligaciones llamada Compensación, regulada en el artículo 1525 y siguientes del Código Civil, ni le da un derecho de retención al patrono u otra persona sobre el Salario o las prestaciones sociales del trabajador. Esta norma regula su excepción la cual viene dada por las cuotas de alimentos, seguridad social, sindicales y por los impuestos. Consideramos que lo regulado por el ordinal supra comentado es una garantía de la que gozan los trabajadores puesto que la Constitución busca que en todo momento estos últimos tengan medios para pagar así como de subsistencia.

“4º.- El salario debe pagarse en moneda de curso legal. El salario y las prestaciones sociales constituyen créditos privilegiados en relación con los demás créditos que puedan existir contra el patrono;”

En el presente ordinal se habla de dos situaciones, por un lado está la Prelación o lus preferendi de la que goza el Salario y las Prestaciones Sociales sobre cualquiera de los créditos que existen contra el patrono. Esta prelación de base constitucional está sobre cualquiera de las clases de crédito reguladas en el título XLI del Código Civil llamado “DE LA PRELACION DE CREDITOS”, regulados específicamente desde el artículo 2212 al 2230.

“5º.- Los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo. La ley establecerá la forma en que se determinará su cuantía en relación con los salarios;”

Aquí se encuentra el sustento constitucional del **Aguinaldo** el cual está regulado en el Código de Trabajo, específicamente de los artículos 196 al

202 del antedicho cuerpo normativo; por lo que nos remitimos al apartado infra del capítulo V del presente trabajo de graduación.

“6º.- La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas y la semana laboral de cuarenta y cuatro horas.

El máximo de horas extraordinarias para cada clase de trabajo será determinado por la ley.

La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna y estará reglamentada por la ley. La limitación de la jornada no se aplicará en casos de fuerza mayor.

La ley determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando, atendiendo a causas biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija, y la de aquellas que deberán mediar entre dos jornadas.

Las horas extraordinarias y el trabajo nocturno serán remunerados con recargo;”

En la presente disposición, la Constitución de la República limita la jornada de trabajo diurna, o de día, a ocho horas diarias y una semana laboral de cuarenta y cuatro horas, es decir, un día de la semana extra de cuatro horas de trabajo. La disposición en comento es la base de lo regulado en los artículos del 161 al 170 del Código de Trabajo; regulación que se ahondará en su respectivo apartado.

Esta misma disposición constitucional regula la jornada nocturna, las horas extras y las interrupciones de la jornada laboral diaria con la finalidad de atender las necesidades humanas y biológicas de alimentación y descanso.

“7º.- Todo trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado por cada semana laboral, en la forma que exija la ley.

Los trabajadores que no gocen de descanso en los días indicados anteriormente, tendrán derecho a una remuneración extraordinaria por los servicios que presten en esos días y a un descanso compensatorio;”

La constitución en el presente ordinal regula el llamado **Descanso Semanal**, el cual está contenido en los artículos 171 al 176 del Código de Trabajo. El carácter constitucional de esta norma es una garantía a favor del trabajador, así como todos los derechos laborales contenidos en el artículo 38 de la Constitución.

“8º.- Los trabajadores tendrán derecho a descanso remunerado en los días de asueto que señala la ley; ésta determinará la clase de labores en que no regirá esta disposición, pero en tales casos, los trabajadores tendrán derecho a remuneración extraordinaria;”

Este es el fundamento constitucional del **Asueto** regulado en los artículos del 190 al 195 del Código de Trabajo; en la norma en comento se establece que es un derecho que tienen todos los trabajadores y sólo en aquellos tipos de trabajos que la ley disponga, los tratadistas no gozarán del descanso regulado en la disposición en comento, pero la propia Constitución establece que de ser así se gozará de una remuneración extra a la ordinaria.

“9º.- 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;”

La **Vacación Anual Remunerada** tiene su fundamento constitucional en el presente ordinal y es desarrollada por el Código de Trabajo, a partir del artículo 177 al 189 del antedicho cuerpo normativo. Importante resaltar de la

norma en comento es la prohibición constitucional de compensar las vacaciones con dinero, esta misma prohibición la volvemos a encontrar en el artículo 188 del Código de Trabajo.

“10º.- Los menores de catorce años, y los que habiendo cumplido esa edad sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la ley, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo.

Podrá autorizarse su ocupación cuando se considere indispensable para la subsistencia de los mismos o de su familia, siempre que ello no les impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.

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.

Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas. También se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años. La ley determinará las labores peligrosas o insalubres;”Este ordinal es la base constitucional del capítulo V del título Segundo del Libro Primero del Código de Trabajo llamado: “**del Trabajo de las Mujeres y de los Menores**”. Esta norma constitucional establece la edad mínima para trabajar, la cual es de catorce años, y establece las prohibiciones siguientes:

- Si el menor que ha cumplido catorce años o más está estudiando, no puede trabajar.
- Los menores de dieciséis años no deben trabajar más de seis horas diurnas.
- Los menores de 18 años y las mujeres no pueden trabajar en labores insalubres o peligrosas.
- Los menores de 18 años no deben de tener jornada laboral nocturna.

“11º.- El patrono que despida a un trabajador sin causa justificada está obligado a indemnizarlo conforme a la ley;”

La indemnización por despido injustificado está regulada en la presente disposición y en los artículos del 58 al 60 del Código de Trabajo. Así, las causas justificadas del despido son aquellas que determine la ley únicamente, están contenidas en el artículo 50 del Código de Trabajo.

“12º.- La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio.

La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono, pero la negativa de éste a pagar la correspondiente prestación constituye presunción legal de despido injusto. En caso de incapacidad total y permanente o de muerte del trabajador, éste o sus beneficiarios tendrán derecho a las prestaciones que recibirían en el caso de renuncia voluntaria.”

La Constitución en este ordinal establece una de las formas de terminación del contrato laboral, la renuncia, la cual no requiere aceptación del patrono. Así mismo establece una forma de prestación la cual no tiene vigencia en nuestro ordenamiento jurídico mientras no se dicte la ley secundaria al respecto, esto lo comentamos de conformidad con lo estipulado por el artículo 252 de la Constitución, el cual dice literalmente: “El derecho establecido en el ordinal 12o. del artículo 38 de esta Constitución, tendrá aplicación hasta que sea regulado en la ley secundaria, la cual no podrá tener efecto retroactivo”.

“Art. 45.- Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos,

vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes presten servicios de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos.”

El artículo precitado extiende los derechos regulados en el artículo 38 de la Constitución, en donde por su contenido se debe de considerar de carácter general, a otros tipos de trabajadores: el trabajador agrícola y el trabajador doméstico. Esta norma es de fundamental interés para nosotros puesto que le reconoce derechos a esta clase de trabajadores, evitando toda discusión al respecto, debido a que es norma expresa. Cabe recalcar que esta disposición constitucional es la base del Capítulo III, del Título Segundo, del Libro Primero del Código de Trabajo, el cual regula específicamente el trabajo doméstico.

“Art. 47.- Los patronos y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos. El mismo derecho tendrán los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, los funcionarios y empleados públicos y los empleados municipales.

No dispondrán del derecho consignado en el inciso anterior, los funcionarios y empleados públicos comprendidos en el inciso tercero del Art. 219 y 236 de esta Constitución, los miembros de la Fuerza Armada, de la Policía Nacional Civil, los miembros de la carrera judicial y los servidores públicos que ejerzan

en sus funciones poder decisorio o desempeñan cargos directivos o sean empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

En el caso del Ministerio Público, además de los titulares de las Instituciones que lo integran, no gozarán del derecho a la sindicación sus respectivos adjuntos, ni quienes actúan como agentes auxiliares, procuradores auxiliares, procuradores de trabajo y delegados. Dichas organizaciones tienen derecho a personalidad jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus funciones. Su disolución o suspensión sólo podrá decretarse en los casos y con las formalidades determinadas por la ley.

Las normas especiales para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales del campo y de la ciudad, no deben coartar la libertad de asociación. Se prohíbe toda cláusula de exclusión.

Los miembros de las directivas sindicales deberán ser salvadoreños por nacimiento y durante el período de su elección y mandato, y hasta después de transcurrido un año de haber cesado en sus funciones, no podrán ser despedidos, suspendidos disciplinariamente, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa calificada previamente por la autoridad competente.

Asimismo, se reconoce a los trabajadores y empleados mencionados en la parte final del inciso primero de este Artículo, el derecho a la contratación colectiva, con arreglo a la ley. Los contratos colectivos comenzarán a surtir efecto el primer día del ejercicio fiscal siguiente al de su celebración. Una ley especial regulará lo concerniente a esta materia.”

El llamado **Derecho de Asociación Profesional**, tiene su asidero constitucional en el presente artículo, este último es un derecho del que

gozan patronos y trabajadores; así retomando lo dicho por la norma en comento, en su inciso primero, estas “asociaciones profesionales” gozan de personalidad jurídica verbigracia los sindicatos debidamente inscritos en el Ministerio de Trabajo. Cabe agregar que la disposición en comento es parte del fundamento del Libro Segundo del Código de Trabajo titulado: **DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.**

“**Art. 50.-** La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma.

Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos.

Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley.

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 cubiertas por el Seguro Social.”

Se concluye del precitado artículo, que la Seguridad Social en El Salvador es obligatoria, es decir, que para el Estado salvadoreño, es un deber proporcionarla a través de una o varias instituciones. Esto significa que Seguridad Social no es lo mismo que cualquiera de las instituciones que deben brindarla, pero la idea generalizada es que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social es el único ente encargado de proporcionarla.

Cabe hacer mención que la disposición en comento, menciona quiénes contribuirán con el régimen de Seguridad Social, estos son: el Estado, patronos y trabajadores.

El último inciso de la precitada norma constitucional tiene importancia para nosotros pues establece que los patronos que contribuyan al seguro social estarán excluidos, es decir no obligados, por las instituciones de Previsión Social reguladas en otras leyes; verbigracia el libro tercero del Código de Trabajo.

Esta disposición tiene su equivalente en la ley secundaria, específicamente el artículo 100 de la Ley del Seguro Social que dice literalmente: “El patrono que contribuya al régimen del Seguro Social, quedará exento de las prestaciones que le impongan las leyes en favor de los trabajadores, a que esté obligado por contratos individuales o colectivos de trabajo o por costumbre de la empresa, en la medida en que tales prestaciones sean cubiertas por el Instituto.

Caso que estas prestaciones superen la cobertura del régimen del Seguro Social en virtud de dichas leyes, contratos o costumbres, el patrono responderá por la diferencia”.

- **Código de Trabajo:**¹⁵²

“**Art. 76.-** El contrato de trabajo para servicio doméstico puede celebrarse verbalmente. Si así fuere, el patrono estará obligado a extender, cada treinta días, a petición del trabajador, una constancia escrita en papel común y firmado por aquél, en la cual se exprese: el nombre y apellido de ambos, el tiempo de servicio, el salario percibido en el último mes y el lugar y fecha de expedición del documento¹⁵³.”

Esta disposición es una excepción al artículo 18 del Código de Trabajo, el cual regula textualmente: “Sin perjuicio de lo que este Código dispone para los casos de excepción, el contrato individual de trabajo, así como su

¹⁵² D.L. No. 15 del 23 de Junio de 1972, publicado en el D.O. No. 142, Tomo No. 236, del 31 de Julio de 1972

¹⁵³ D.L. No. 15 del 23 de junio de 1972, D.O. No. 142, Tomo No. 236 del 31 de Julio de 1972

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 ocho días siguientes al de su celebración, modificación o prórroga. La omisión 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.”

Del artículo en comento, se debe de afirmar que no es obligación para los patronos de los trabajadores domésticos emitir un contrato escrito, basta con formalizar la relación laboral de forma verbal.

Esta disposición legal tiene varias consecuencias para el trabajador doméstico, primero no se dispone de prueba instrumental para probar el contrato de trabajo y sus cláusulas, por lo que debe de probarse por otros medios de prueba, según el artículo 19 del Código de Trabajo. Sin embargo, sigue operando la presunción legal de la existencia del contrato individual de trabajo establecida en el artículo 20 del Código de Trabajo, el cual establece un mínimo de dos días consecutivos de prestación de servicios para presumir la existencia del contrato de trabajo; otro requisito para presumir legalmente la existencia del contrato individual de trabajo es la prueba de la subordinación, de comprobar esta no es necesario cumplir el mínimo de días anteriormente mencionado. Entendemos que la subordinación de la que habla el artículo 20 ó los dos días consecutivos de servicio, pueden ser probados por cualquier medio de prueba y estos servirán de indicio para constituir la presunción legal antes comentada.

Otra consecuencia del artículo en comento es que no opera la presunción legal de la que habla el artículo 413 del Código de Trabajo, la cual opera cuando no existe contrato escrito, por lo que se presumen ciertas las

estipulaciones y condiciones alegadas por el trabajador en su demanda; es de recalcar que por su condición de presunción legal, ésta puede ser destruida por cualquier medio de prueba.

Por último, se considera que la constancia de la que habla el artículo 76 del Código de Trabajo es una garantía del trabajador, pues si bien no es un contrato laboral y no cumple con ninguno de los requisitos enumerados por el artículo 23 del antedicho cuerpo normativo, esta constancia tendría el carácter de instrumento privado que comprobaría la existencia del Contrato de Trabajo; aparte que se debe de recalcar que los instrumentos privados en materia laboral hacen plena prueba, según el inciso primero del artículo 402 del Código de Trabajo; esta constancia probaría al menos la subordinación, el salario percibido, el tiempo de servicio, la relación laboral entre el patrono y el trabajador y su expedición.

La falta de esta constancia o del contrato de trabajo escrito, obliga al trabajador doméstico a comprobar sus alegaciones por su carácter de actor.

“Art. 77.- Trabajadores del servicio doméstico son los que se dedican en forma habitual y continúa a labores propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.

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

No se consideran trabajadores del servicio doméstico y estarán sometidos a las normas generales de este Código, los que se dediquen a esas labores en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables.” Esta es una definición legal de lo que el Código de Trabajo entiende por

“Trabajadores del Servicio Doméstico”, por lo que nos remitimos a lo dicho por la precitada norma recalcando las características que este tipo de trabajador debe de cumplir para entrar en esta tipología, las cuales son:

- Prestar servicios propios de un hogar.
- Prestar estos servicios a una residencia o habitación particular.
- Que estas prestaciones no importen lucro al patrono o constituyan negocio.
- Que sea una prestación continua o esporádica.

De lo dicho cabe señalar que si las labores del hogar son realizadas en instituciones varias, como empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables; los trabajadores que las presten serán considerados trabajadores comunes y no domésticos, por lo que estarán sujetos al régimen común. Esto tiene relación con el artículo 45 de la Constitución comentado supra, por lo que nos remitimos a éste.

“Art. 78.- Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores del servicio doméstico comprende, además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación.”

En el artículo antes mencionado se regulan dos prestaciones: por un lado, el salario del trabajador doméstico; y por el otro, las prestaciones específicas de alimentación y habitación.

Respecto al salario, somos de la opinión que como todo trabajador, el trabajador doméstico puede pactar libremente el salario según el derecho regulado en el artículo 122 del Código de Trabajo que entre otras cosas establece que el salario no puede ser inferior al salario mínimo fijado, y respecto al salario mínimo consideramos que según el artículo 144 del precitado cuerpo normativo y según el ordinal segundo del artículo 38 de la

Constitución, todo trabajador (inclusive el trabajador doméstico) tiene derecho a un salario mínimo. Respecto a la alimentación y habitación, consideramos que son un extra al salario como prestación, no siendo obligatoria proporcionarla para el patrono, pues según el artículo en comento se puede pactar no proporcionarlas. Y es que según el artículo 120 del Código de Trabajo, el salario se paga en moneda de curso legal, disposición fundamentada en el ordinal cuarto del artículo 38 de la Constitución.

“Art. 79.- El patrono podrá exigir al trabajador antes de iniciar las labores, y cuando lo considere necesario, salvo lo dispuesto en el ordinal 14° del artículo 30, los comprobantes relativos a su buena salud y la presentación de su respectivo Documento Único de Identidad, cuando la persona esté obligada a tenerlo.”

El artículo en comento regula los documentos que el patrono podrá exigir al futuro trabajador, con la finalidad de constatar su buen estado de salud y su identidad. Esta disposición constituye un derecho que el patrono puede o no ejercer. Cabe hacer mención a la prohibición regulada en el ordinal 14° del artículo 30 del Código de Trabajo, el cual establece que le es prohibido al patrono exigir la prueba del VIH como requisito de contratación.

“Art. 80.- El trabajador del servicio doméstico no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas, y las otras dos deberán destinarse para las comidas, y además de un día de descanso remunerado cada semana acumulables hasta el número de tres días. Se entiende que los trabajadores contratados a base de sueldo mensual, tienen incorporado en éste, el pago correspondiente a los días de descanso.”

Esta es una particularidad del Trabajador Doméstico, la cual consiste en que dicho trabajador no está sujeto a una jornada laboral diaria; es decir, no tiene

un horario laboral y su jornada no se divide en horas diurnas y nocturnas como lo regula el Capítulo III del Título Tercero del Libro Primero del Código de Trabajo llamado “DE LA JORNADA DE TRABAJO Y DE LA SEMANA LABORAL”. La particularidad a la que hacemos mención consiste en que el trabajador doméstico no está sujeto a las ocho horas de trabajo diurno del trabajador común, de hecho la ley estipula sólo su descanso diario, el cual, según la norma en comento, debe ser de diez horas nocturnas y dos diurnas, siendo estas últimas utilizables para las comidas.

Esta disposición también regula el descanso semanal remunerado del trabajador doméstico, el cual puede ser acumulable hasta en tres días; es decir, que el trabajador doméstico puede trabajar tres semanas continuas sin descansar ni un día, compensándolo en la cuarta semana en la que sólo trabaje cuatro días.

Lo antes dicho tiene relación con el artículo 172 del Código de Trabajo, el cual regula que los trabajadores no sujetos a horario, en este caso el Trabajador Doméstico, tendrán derecho al día de descanso semanal remunerado toda vez que hubieren laborado seis días de la semana y trabajado la jornada ordinaria en cada uno de ellos, en el caso del trabajador doméstico los seis días no sujetos a horario de trabajo.

Este artículo también regula que, si el salario se pacta por mes, se comprende el día de descanso remunerado dentro del salario. Esta disposición tiene su par en el inciso segundo del artículo 174 del Código de Trabajo; el cual establece que de contratarse salarios por semana, quincena, mes u otro período mayor, se presumirá que en su monto va incluida la prestación pecuniaria del día de descanso semanal.

“Art. 81.- El trabajador del servicio doméstico está obligado a prestar sus servicios en los días de asueto, siempre que así se lo pida el patrono. En tal

caso tendrá derecho a un recargo del ciento por ciento en su salario diario por el trabajo realizado en esos días.”

Una diferencia fundamental para el trabajador doméstico respecto al trabajador común, consiste en que el trabajador doméstico debe de trabajar los días de asueto para el patrono si este se lo pide. Sin embargo, de trabajar un día de asueto este trabajador, al igual que todo trabajador según el artículo 192 inciso primero del Código de Trabajo, gozará de un salario extraordinario consistente en un salario ordinario más un recargo del ciento por ciento de éste, es decir, un salario ordinario diario más un extra equivalente al 100%.

“Art. 82.- 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.”

Esta norma es una excepción al inciso primero del artículo 28 del Código de Trabajo el cual establece que se puede estipular que los primeros treinta días sean de prueba, período en el cual se puede dar por terminado el contrato sin expresión de causa.

Esta disposición regula el período de prueba como una posibilidad, algo potestativo que se puede pactar entre las partes, pero en el caso del trabajador doméstico, por ministerio de ley, los primeros treinta días son de prueba.

“Art. 83.- Son causas especiales de terminación del contrato individual de trabajo doméstico sin responsabilidad para el patrono, las siguientes:

1ª- Adolecer el trabajador de enfermedades infectocontagiosas, a menos que las 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 moral del hogar;

3ª- 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.”

Aparte de las causales de terminación del Contrato de Trabajo reguladas en el Capítulo VII del Título Primero del Libro Primero del Código de Trabajo, titulado DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, el legislador reguló en los presentes artículos causales de terminación específicos del contrato de trabajo sin responsabilidad patronal.

Las causales son claras, por lo que es de remitirse a lo dispuesto en ellas no sin antes criticar la causal primera, puesto que no constituye previsión social hacia el trabajador doméstico, dado que se regulan dos situaciones: la primera es que el trabajador haya adquirido una enfermedad infectocontagiosa en cualquier otro lugar que no sea el de su trabajo, en este caso procede la terminación del contrato sin responsabilidad para el patrono, en vez de que opere el régimen de previsión social regulado en el artículo 307 del Código de Trabajo; y la segunda es que el trabajador doméstico haya obtenido esta enfermedad en su lugar de trabajo, en cuyo caso procede la suspensión del Contrato de Trabajo de conformidad a la norma en comento relacionándola con el artículo 36 ordinal cuarto, el cual establece que se suspende el contrato de trabajo por la incapacidad temporal resultante del accidente de trabajo, enfermedad profesional, enfermedad o accidente común.

Así se debe de tener en cuenta lo dicho en el artículo 319 del Código de Trabajo, que establece: “Se considera enfermedad profesional cualquier estado patológico sobrevenido por la acción mantenida, repetida o progresiva

de una causa que provenga directamente de la clase de trabajo que desempeñe o haya desempeñado el trabajador, o de las condiciones del medio particular del lugar en donde se desarrollen las labores, y que produzca la muerte al trabajador o le disminuya su capacidad de trabajo”.

Es decir que procede la suspensión del contrato de trabajo del trabajador doméstico por haber adquirido una enfermedad infectocontagiosa en el lugar de trabajo por constituir esta una enfermedad profesional, y ante esta situación se procederá a aplicar lo dispuesto en el Libro Tercero del Código de Trabajo denominado: “PREVISION Y SEGURIDAD SOCIAL”, que en el Título Tercero, capítulo I, artículo 322 establece algunos de los requisitos para que la enfermedad profesional de un trabajador acarree responsabilidad para el patrono.

Se considera que las Prestaciones por Enfermedad Común operan para el trabajador doméstico toda vez que no constituyan una enfermedad infectocontagiosa, ya que esta última es una causal de terminación del contrato sin responsabilidad para el patrono. En dicha situación se aplicaría el Capítulo I del Título Primero del Libro Tercero del Código de Trabajo, llamado “PRESTACIONES POR ENFERMEDAD”.

- **Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos:**¹⁵⁴

“Art. 1.- Amplíase el Régimen del Seguro Social, conforme lo establece el inciso primero del artículo 3 de la Ley del Seguro Social y en los términos del presente Reglamento, a los trabajadores domésticos. A tal fin, el presente Reglamento tiene por objeto la creación del RÉGIMEN ESPECIAL DE

¹⁵⁴D.E. No. 74 del 31 de mayo del año 2010, publicado en el D.O. No. 101, Tomo No. 387, del 1 de junio del año 2010

SALUD Y MATERNIDAD PARA LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS, estableciendo su regulación, organización y funcionamiento para el efectivo cumplimiento del derecho a la seguridad social por parte de las personas sujetas a su ámbito de aplicación; el mismo será administrado por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, que en adelante, se denominará "el Instituto". La incorporación a que se refiere este artículo se realizará conforme a un programa que elaborará el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.”

El antedicho artículo extiende el campo de aplicación del Instituto Salvadoreño del Seguro Social a un tipo de trabajador que no lo había gozado hasta ese momento, el cual es el Trabajador Doméstico. Nos interesa el presente reglamento porque deroga el literal “a” del artículo 2 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, el cual expresamente excluía al trabajador doméstico de los beneficios otorgados por el instituto. Al mismo tiempo, se le da por medio del presente reglamento cumplimiento al artículo 22 de la Ley del Seguro Social, el cual estipulaba el establecimiento gradual del instituto.

“Sujetos protegidos.

Art. 2.- Toda persona mayor de 14 años y menor de 60 años que realice labores de trabajo doméstico, de común acuerdo con su empleador, podrá solicitar su afiliación a este Régimen Especial. El empleador podrá solicitar la afiliación del trabajador, para lo cual deberá presentar lo requerido por el artículo 4 de este Reglamento.

Para los efectos de este Decreto, se considera trabajador doméstico toda aquella persona que realiza labores dependientes en forma habitual y continua, en el hogar u otro sitio de residencia o habitaciones particulares, que no importe lucro o negocio para el empleador.

El trabajador doméstico que preste sus servicios para dos o más empleadores, podrá afiliarse a este Régimen Especial, siempre y cuando lo afilie por lo menos, un empleador; en este caso, la cotización no será menor de la prevista en el artículo 6 del presente Reglamento.

Los hijos de los trabajadores domésticos que se encuentren dentro del rango de edad cubierto por el Régimen de Salud del Instituto, tendrán derecho a las prestaciones de dicho Régimen, de conformidad al portafolio de servicios aprobado por el Consejo Directivo del Instituto, para lo cual deberán ser inscritos en los registros que lleve el Instituto para tal efecto.”

El artículo en comento nos interesa sobre todo porque da una definición legal de lo que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social debe de entender como Trabajador doméstico, el cual está en consonancia con la definición del Código de Trabajo, resaltando la realidad de este sector, la cual consiste en que muchas veces puede tener varios patrones. Este tipo de trabajador se ve beneficiado en un rango de edad de los 14 a los 60 años, así como sus hijos.

4.2 EL DERECHO INTERNACIONAL RATIFICADO POR EL SALVADOR.

En El Salvador, no se ha ratificado ningún instrumento internacional que regule específicamente al trabajador doméstico¹⁵⁵. La normativa laboral de carácter internacional vigente es la siguiente¹⁵⁶:

- Convenio sobre la Indemnización por Accidentes de Trabajo (Agricultura)¹⁵⁷
- Convenio sobre el Trabajo Forzoso¹⁵⁸

¹⁵⁵http://www.mtps.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=103&Itemid=140 Revisado el 25 de Noviembre de 2011

¹⁵⁶<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm> Revisado el 30 de Noviembre de 2011

¹⁵⁷ Convenio numero 12 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 12 de Noviembre de 1911 y ratificado por El Salvador el 11 de Octubre de 1955

- Convenio sobre el Examen Médico de los Menores (Industria)¹⁵⁹
- Convenio sobre el Examen Médico de los Menores (Trabajos no Industriales)¹⁶⁰, que según el artículo 1.2 se define así: “a los efectos del presente convenio, la expresión trabajos no industriales comprende todos los trabajos que no estén considerados por las autoridades competentes como industriales, agrícolas o marítimos”. Tiene importancia hablar del presente convenio porque es genérico, por lo que se puede aplicar al trabajador doméstico, siendo además un hecho que muchos trabajadores domésticos son menores de 18 años, los cuales se ven obligados a trabajar en esta rama laboral. Siguiendo lo estipulado por el presente convenio, según su artículo 3.1, “la aptitud de los menores para el empleo que estén ejerciendo deberá estar sujeta a la inspección médica hasta que hayan alcanzado la edad de dieciocho años”, y dado que una actividad puede ser sumamente contaminante, el referido instrumento internacional regula en su artículo 4.1: “con respecto a los trabajos que entrañen grandes riesgos para la salud, deberá exigirse el examen médico de aptitud para el empleo y su repetición periódica hasta la edad de veintiún años, como mínimo”.
- Convenio sobre la Inspección del Trabajo¹⁶¹
- Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación¹⁶². Se resalta del presente convenio la norma genérica regulada en el artículo dos del mismo que dice: “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de

¹⁵⁸ Convenio numero 29 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de Junio de 1930 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁵⁹ Convenio numero 77 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Octubre de 1946 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁶⁰ Convenio numero 78 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Octubre de 1946 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁶¹ Convenio numero 81 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 11 de Julio de 1947 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁶² Convenio numero 87 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1948 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 74 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial Numero 159 Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006

afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”, lo que nos lleva a afirmar que el trabajador doméstico tiene el derecho a constituir Sindicatos.

- Convenio sobre el Servicio del Empleo¹⁶³. Esta normativa tiene interés por que ordena a los Estados a disponer de un servicio público y gratuito del empleo que según su artículo 1.2: “La función esencial del servicio del empleo, en cooperación, cuando fuere necesario, con otros organismos interesados, públicos y privados, deberá ser la de lograr la mejor organización posible del mercado del empleo, como parte integrante del programa nacional destinado a mantener y garantizar el sistema del empleo para todos y a desarrollar y utilizar los recursos de la producción”.
- Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva¹⁶⁴
- Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos¹⁶⁵
- Convenio sobre Igualdad de Remuneración¹⁶⁶, el cual busca eliminar las desigualdades respecto al pago de los salarios o remuneraciones en general por razones de sexo; dado que el trabajador doméstico es una expresión genérica que no se limita al género femenino, se debe de tomar en consideración esta norma internacional; es así que en su artículo 2.1 establece: “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

¹⁶³ Convenio numero 88 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1948 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁶⁴ Convenio numero 98 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 1 de Julio de 1949 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 75 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial numero 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006

¹⁶⁵ Convenio numero 99 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de Junio de 1951 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁶⁶ Convenio numero 100 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 29 de Junio de 1951 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000

- Convenio sobre la Abolición de las Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas)¹⁶⁷, que según su artículo primero establece la eliminación de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo.
- Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso¹⁶⁸
- Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales¹⁶⁹
- Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación)¹⁷⁰; de carácter genérico, busca eliminar toda discriminación respecto a la raza, sexo, credo político o religioso y establece en su artículo 2: “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.
- Convenio sobre la Política del Empleo¹⁷¹, el cual en su artículo 1 establece: “1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. 2. La política indicada deberá tender a garantizar: a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las

¹⁶⁷ Convenio numero 104 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 21 de Junio de 1955 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre de 1958

¹⁶⁸ Convenio numero 105 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1957 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre de 1958

¹⁶⁹ Convenio numero 107 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1957 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre 1958

¹⁷⁰ Convenio numero 111 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1958 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁷¹ Convenio numero 122 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1964 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social. 3. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales”.

- Convenio sobre la Inspección del Trabajo (Agricultura)¹⁷²
- Convenio sobre la Fijación de Salarios Mínimos¹⁷³
- Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores¹⁷⁴, este instrumento internacional es de carácter general y establece en su artículo 1: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”, lo cual conlleva a la protección de todo directivo de sindicato.
- Convenio sobre la Edad Mínima¹⁷⁵, el cual establece que no puede ser inferior a 18 años, aunque da la facultad para que los representantes de patronos y trabajadores de común acuerdo establezcan una edad mínima como habilitante para contraer empleo, no pudiendo ser inferior a 15 años.

¹⁷² Convenio número 129 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1969 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁷³ Convenio número 131 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 22 de Junio de 1970 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁷⁴ Convenio número 135 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1971 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 76 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial número 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006

¹⁷⁵ Convenio número 138 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1973 y ratificado por El Salvador el 23 de Enero de 1996

- Convenio sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales¹⁷⁶
- Convenio sobre Desarrollo de los Recursos Humanos¹⁷⁷, el cual según su artículo primero obliga a los estados suscriptores a “adoptar y llevar programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación de profesionales”, así su artículo segundo dice: “todo miembro deberá establecer y desarrollar sistemas abiertos, flexibles y complementarios de enseñanza general técnica y profesional, así como de orientación escolar y profesional y de formación, tanto dentro del sistema oficial de enseñanza como fuera de éste”.
- Convenio sobre la Consulta Tripartita (Normas Internacionales del Trabajo)¹⁷⁸
- Convenio sobre la Administración del Trabajo¹⁷⁹,
- Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública¹⁸⁰
- Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores¹⁸¹, que en su artículo 4.2 establece: “Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”. Este convenio es genérico y según su texto se aplica a todos los sectores económicos.

¹⁷⁶ Convenio numero 141 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1975 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁷⁷ Convenio numero 142 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1975 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995

¹⁷⁸ Convenio numero 144 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 21 de Junio de 1976 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1996

¹⁷⁹ Convenio numero 150 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1978 y ratificado por El Salvador el 2 de Febrero de 2001

¹⁸⁰ Convenio numero 151 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de Junio de 1978 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 77 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial numero 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006

¹⁸¹ Convenio numero 155 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 22 de Junio de 1981 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000

- Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares¹⁸², el cual en su artículo 3.1 establece: “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”, disposición que consideramos aplicable al trabajador doméstico en la medida que obligue a sus patrones a respetar sus vínculos familiares.
- Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (Personas Invalidas)¹⁸³
- Convenio sobre Estadísticas del Trabajo¹⁸⁴
- Convenio sobre las Peores formas de Trabajo Infantil¹⁸⁵

4.3 ESPECIAL MENCIÓN AL CONVENIO 189 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

El convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo fue adoptado el 16 de Junio de 2011 el cual aún no ha sido ratificado por ningún país¹⁸⁶, pero es el primer Instrumento Internacional pensado específicamente para este tipo de trabajador. Este instrumento, en sus considerandos, dice: “Reconociendo las condiciones particulares en que se efectúa el trabajo doméstico, habida cuenta de las cuales es conveniente complementar las

¹⁸² Convenio numero 156 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1981 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000

¹⁸³ Convenio numero 159 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 20 de Junio de 1983 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 471 del 17 de Septiembre de 1986, publicado en el Diario Oficial numero 177, Tomo 292 del 25 de Septiembre de 1986

¹⁸⁴ Convenio numero 160 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1985 y ratificado por El Salvador el 24 de Abril de 1987

¹⁸⁵ Convenio numero 182 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 17 de Junio de 1999 y ratificado por El Salvador 12 de Octubre de 2000

¹⁸⁶ <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C189> Revisado el 5 de Diciembre de 2011

normas de ámbito general con normas específicas para los trabajadores domésticos, de forma tal que éstos puedan ejercer plenamente sus derechos”¹⁸⁷. Aquí de forma abierta y expresa se considera que trabajadores domésticos no son sólo las mujeres sino que también los hombre pueden serlo¹⁸⁸; se hace dicha aclaratoria porque en nuestro país se considera que trabajadores domésticos sólo son las mujeres¹⁸⁹ lo cual no es cierto, pues la doctrina considera al jardinero como trabajador doméstico, a esto podríamos agregar: el mayordomo, chef de casa privado, cocineros, etc.

Este convenio en su artículo 3.2, ordena a los estados suscriptores adoptar las medidas que tiendan a respetar los derechos y principios del trabajo, los cuales según la precitada disposición son:

- a) La libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil.
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Respecto a la libertad sindical y la libertad de asociación dice dicho artículo que se debe de proteger el derecho a constituir organizaciones, federaciones y confederaciones.

Este convenio no establece una edad mínima para trabajar como trabajador doméstico; sin embargo, toma como punto de referencia al Convenio número 138 y al Convenio número 182; el primero establece la edad mínima de 18 años y el segundo promueve la eliminación de las peores formas del trabajo infantil.

¹⁸⁷<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Revisado el 5 de Diciembre de 2011

¹⁸⁸ *Ibidem* art. 1 literal b)

¹⁸⁹<http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/d00475de7590b44d06256937000d8863/771ac589cbcc92448625723c005482df?OpenDocument> Revisado el 5 de Diciembre de 2011

El artículo 6 del convenio en comento dice: “Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad”; es decir que busca que las condiciones efectivas y reales del trabajador doméstico sean iguales al trabajador común, reconociendo en su texto algunas particularidades de este trabajo como es cuando el trabajador doméstico recibe como prestación la habitación, es decir, vivir en la casa de su patrono.

Este convenio establece en su artículo 7 (Ver Anexo 2) que se le debe de informar a los trabajadores domésticos sobre sus condiciones de trabajo, estableciendo que tiene preferencia como medio informativo el contrato escrito, el cual debe de tener los siguientes requisitos:

- a) Nombre, apellidos y dirección del trabajador doméstico y su patrono.
- b) Dirección del lugar o los lugares de trabajo habituales.
- c) Fecha del inicio del contrato, y si es un contrato para un período específico debe de señalarse su duración.
- d) Tipo de trabajo a realizar.
- e) La remuneración, su forma de cálculo y los períodos de pago.
- f) Horas normales de trabajo.
- g) Vacaciones anuales pagadas, descansos diarios y semanales.
- h) Alimentación y habitación, si procede.
- i) El período de prueba.
- j) Condiciones de repatriación.
- k) Formas de terminación de la relación de trabajo.

Como una garantía del trabajador doméstico, el artículo 8 ordena proteger al

trabajador doméstico que viaje al extranjero con su patrono, dicho artículo dice textualmente:

“1. En la legislación nacional se deberá disponer que los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país, reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo señaladas en el artículo 7, antes de cruzar las fronteras nacionales, con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato.

2. La disposición del párrafo que antecede no regirá para los trabajadores que tengan libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o en el marco de organizaciones de integración económica regional.

3. Los Miembros deberán adoptar medidas para cooperar entre sí a fin de asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio a los trabajadores domésticos migrantes.

4. Todo Miembro deberá especificar, mediante la legislación u otras medidas, las condiciones según las cuales los trabajadores domésticos migrantes tienen derecho a la repatriación tras la expiración o terminación del contrato de trabajo en virtud del cual fueron empleados.”

Este instrumento internacional busca eliminar las diferencias entre el trabajador común y el trabajador doméstico al regular en su artículo 10 que: debe de tomarse las medidas para asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores comunes en diversos aspectos como las horas normales de trabajo, la compensación por horas extraordinarias, los períodos de descanso diario y semanal, las vacaciones anuales pagadas; así mismo en relación con el descanso semanal estipula

dicho artículo que debe de ser como mínimo de veinticuatro horas consecutivas; es decir, un día completo.

Estipula también que los períodos en que el trabajador doméstico está a disposición del hogar donde labora en espera de responder a las órdenes de su patrono, se les debe de considerar como horas de trabajo. El artículo en comento reza:

“1. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.

2. El período de descanso semanal deberá ser al menos de 24 horas consecutivas.

3. Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deberán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional.”

Este convenio ordena a los estados suscriptores asegurar al trabajador doméstico un régimen de Salario Mínimo, en donde exista dicho régimen; es decir que si en el ordenamiento de un país se regula el trabajo doméstico, éste debe de gozar de un salario mínimo al igual que el resto de los trabajadores.

El artículo 14.1 establece que los estados suscriptores deben proporcionar condiciones no menos favorables a las que posee el trabajador común respecto a la protección de la Seguridad Social; al mismo tiempo, en su párrafo 2, el artículo en comento establece que las medidas de Seguridad Social se podrán aplicar de forma progresiva después de consultar con los representantes de los patronos y trabajadores.

Asimismo, el convenio en referencia, en su artículo 15 apartado 1 establece que: Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá:

- a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales;
- b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos;
- c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos;

d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y

e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.

De lo antes dicho, se es de la opinión que este convenio es un gran avance en materia de derechos laborales de rango internacional, que viene a reforzar la protección de la que debe gozar este tipo de trabajador y a proporcionarla en los países en donde no existe dicha protección. Nos parece una conquista del trabajador doméstico y esperamos que el Estado salvadoreño decida ratificar dicho convenio.

CAPITULO V: LAS PRESTACIONES LABORALES.

5.1 LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PRESTACIONES LABORALES.

El concepto de seguridad social está ligado al concepto de previsión social, esto es así porque si bien etimológicamente parecen ser diferentes, lo cierto es que gracias a la doctrina actualmente ya no hay distinción entre una y otra¹⁹⁰; sin embargo, al hacer una distinción a lo largo de la historia se ha considerado a la Previsión Social como una actividad ejercida directamente por el Estado a través de su órgano Ejecutivo¹⁹¹, mientras que la Seguridad Social es la actividad del Estado ejercida “a través de entes gestores o entes autónomos destinados a cubrir las contingencias a que están expuestos los trabajadores”¹⁹².

Siguiendo con la distinción antes mencionada, tenemos autores como Guillermo Cabanellas de las Torres quien considera que son disciplinas distintas, que la esfera de la seguridad social es de mayor amplitud que la previsión social; la seguridad social ampara al hombre como componente de la sociedad, en cambio la previsión social determina prestaciones para el caso de producirse ciertas contingencias, es así que el citado autor dice: “prevenir no es lo mismo que otorgar seguridades; se previenen ciertos riesgos o eventualidades; en cambio, la Seguridad Social le procura a los individuos los medios necesarios para que puedan desenvolverse dentro de las condiciones de vida en un lugar y tiempo determinado”¹⁹³; es decir que la previsión social al ser más restringida cubre sólo determinadas casos, siguiendo esta posición el autor considera un error o ignorancia que se empleen como expresiones sinónimas los conceptos de Seguridad Social,

¹⁹⁰RODRÍGUEZ AUERBACH, óp. Cit. Pág. 306

¹⁹¹Ibidem

¹⁹²Ibidem

¹⁹³CABANELLAS DE LAS TORRES, G. “**Compendio de Derecho Laboral**”, Tomo II, tercera edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 1992, Buenos Aires, Argentina, pág. 907

Seguros Sociales, Seguro Total, Previsión Social, Política Social, entre otras¹⁹⁴.

Guillermo Cabanellas de las Torres dice que: “la previsión social se funda, en medida considerable, en la organización económica que permite afrontar ciertas contingencias desfavorables (la enfermedad común) o situaciones de lógico advenimiento (la jubilación), con contribuciones efectuadas en el transcurso del tiempo y colectivamente por los encuadrados en iguales o análogas circunstancias”¹⁹⁵, así considera que la previsión social es uno de los aspectos de la seguridad social¹⁹⁶; la seguridad social, desde un punto de vista restrictivo, la entiende el citado autor de la siguiente manera: la seguridad social integra el conjunto de normas preventivas y de auxilio que todo individuo, por el hecho de vivir en sociedad, recibe del estado, para hacer frente así a determinadas contingencias, previsibles y que anulan su capacidad de ganancia; ahora, desde otro punto de vista, amplio, dice: “se está ante los medios económicos que se le dan al individuo, como protección especial, para garantizarle un nivel de vida suficiente de acuerdo con las condiciones generales del país, y en relación a un momento dado”¹⁹⁷.

La seguridad social dicen otros autores que: “forma el tercer bloque normativo de la disciplina. Su configuración discurre paralelamente al contrato individual, funcionando a modo de “red amortiguadora” de sus propias disfuncionalidades, con instituciones específicas y una dinámica operativa diferenciada”¹⁹⁸ ya que “sus normas se encaminan a la prevención de determinados riesgos y a remediar la situaciones de necesidad mediante la concesión de prestaciones individualizadas, ya sean en dinero o en especie, estableciendo para tal fin un marco protector de las contingencias

¹⁹⁴Ibíd. Pág. 897

¹⁹⁵Ibídem

¹⁹⁶Ibídem

¹⁹⁷Ibídem

¹⁹⁸ALEMÁN PAEZ, F. y otros, óp. Cit. pág. 50

más sentidas”¹⁹⁹. Y es que, se dice que es un tercer bloque del derecho del trabajo porque la seguridad social nace como derecho general de garantía del trabajo, se aplica a cuantos viven de su actividad productora y que estén regidos por un contrato de trabajo, actúen con autonomía o ejerzan funciones directoras de la producción, es decir, sean patronos; y hasta se extienden a los dependientes no trabajadores de estos²⁰⁰; es decir que aparte de proteger al patrono y trabajador se amplía a los familiares dependientes de estos, convirtiéndolos por ende en sus beneficiarios. En el contenido de la seguridad social encontramos los siguientes aspectos: “a) riesgos, contingencias o necesidades previstos o que hayan de cubrirse; b) personas comprendidas o amparadas; c) prestaciones o beneficios concebibles de financiación, sea mediante impuestos, aportes o contribuciones públicas, de los interesados o mixtas; e) inversión transitoria y productiva de los fondos reunidos, para evitar con esto resultados antieconómicos y el elevado costo del sistema administrativo”²⁰¹.

Siguiendo al Licenciado Auerbach, la 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, medios necesarios, así como medios económicos de subsistencia, en todos los casos de pérdida o reducción importante de sus ingresos causados por circunstancias independientes de su voluntad”²⁰²; es indiscutible que necesita, en aras de cumplir sus fines, valerse de otros medios dentro de los cuales están los servicios nacionales de salud, sanitarios y asistenciales, estos están a cargo de las instituciones del Estado dependientes normalmente de un ministerio por lo que se costean con el presupuesto general del Estado, así también están las prestaciones laborales, éstas a cargo de los empleadores o

¹⁹⁹Ibidem.

²⁰⁰CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 899

²⁰¹Ibid. pág. 898

²⁰²RODRÍGUEZ AUERBACH, J.A. óp. Cit. Pág. 314

patronos, y están reguladas en el Código de Trabajo; en otras palabras, los sistemas obligatorios en términos generales son instrumentos de seguridad social.

De lo anteriormente dicho se puede definir que la Previsión Social y la Seguridad Social no son sinónimas; de hecho la primera surgió antes que la segunda en la historia del Derecho. Esto es así porque la Previsión Social surge como una carga del patrono hacia el trabajador, en donde debía de cubrir las contingencias de enfermedad o accidente; pero recalcando que existía esa obligación sólo por el hecho de encontrarse un vínculo laboral.

La Seguridad Social a diferencia de la previsión social es genérica, se aplica a las personas que se encuentran vinculadas por una relación laboral pero también se extiende a personas que no están vinculadas a dicha relación, ya sea por ser beneficiarios de los trabajadores, ya sea por ser titular del derecho de Seguridad Social de forma directa al ser trabajador independiente.

Concepto de Prestaciones Laborales, diferencia con las Prestaciones Sociales:

Según Manuel Osorio, la palabra prestación significa: “objeto o contenido de un deber jurídico. Equivale a dar, hacer o no hacer.

Dícese de la cosa o servicio exigido por una autoridad, o convenido en un pacto. También la cosa o servicio que un contratante promete a otro”²⁰³; dicho vocablo tiene origen en el derecho romano, aunque ha sufrido modificaciones profundas ya que para los romanos la prestación siempre significaba un acto mientras que para nosotros la prestación es todo objeto

²⁰³ OSSORIO, M. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, 27 edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2000, pág. 790

de una obligación o deber jurídico, siendo estos dar, hacer y no hacer²⁰⁴. Sin embargo, al estudiar la doctrina base del presente trabajo de investigación, se ha observado que se utilizan de forma indistinta los términos Prestaciones Laborales y Prestaciones Sociales, e s así que podemos afirmar que los precitados autores no han realizado una definición de lo que es una prestación laboral, pero si están claros que la seguridad social nace como garantía del trabajo y que en su contenido, están entre otras, las prestaciones o beneficios concebibles y que las prestaciones laborales son medios de los cuales se vale la seguridad social para la obtención de sus fines.

Por lo dicho, se confirma que la doctrina no ha determinado una conceptualización de “Prestaciones Laborales”; sin embargo, una definición que sí es clara en la doctrina es la que habla de las Prestaciones Sociales, la cual es definida por Guillermo Cabanellas de las Torres y consiste en: “cada uno de los derechos o beneficios que a los asegurados o beneficiarios indirectos se les concede en los diferentes seguros sociales, de producirse la eventualidad o contingencia que se trata de compensar o remediar”²⁰⁵, y menciona que las prestaciones se oponen a las reparadoras las cuales tienden a remediar las consecuencias de un mal producido, las preventivas que procuran evitar la materialización del riesgo más que disminuir la consecuencia²⁰⁶. Así mismo, el precitado autor comenta que las prestaciones pueden consistir, dando otro enfoque, en: “indemnizaciones en dinero, en resarcimiento en especie o en un servicio”²⁰⁷.

Otros autores dicen que: “en el ámbito laboral se entiende por prestaciones los derechos de los trabajadores, con origen y fundamento en la relación de

²⁰⁴ OSSORIO, M. Y OTROS. “**Enciclopedia Jurídica Omeba**”, tomo XXIII, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 33

²⁰⁵ CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. pág. 947

²⁰⁶ *Ibidem*

²⁰⁷ *Ibidem*

trabajo (no en la prestación efectiva)²⁰⁸, es así que se dice: “si el termino, con rigor lingüista, no es afortunado para expresar su verdadero contenido, sí permite identificar los derechos y obligaciones para una y otra parte, lo cual se enfatiza una vez desechadas la teorías atributivas de carácter civilista en las relaciones laborales”²⁰⁹. Así, el Diccionario de la Real Academia define las prestaciones sociales como: “cada uno de los servicios que el Estado, instituciones públicas o empresas privadas deben dar a sus empleados”²¹⁰, definición que a nuestro juicio debería de ser la de prestación laboral.

Algunas conceptualizaciones de lo que son las prestaciones laborales, que podemos mencionar, son: “no es más que, cosas, facilidades o servicios que un empleador le otorga a sus trabajadores en adición al salario estipulado”²¹¹; otro concepto dice: “En la administración pública, son los beneficios complementarios al sueldo que las dependencias del sector otorgan a sus trabajadores, pudiendo ser éstas de carácter económico y sociocultural, derivadas de las relaciones laborales y contractuales”²¹² y finalmente: “son aquellos conceptos que otorga el patrono al trabajador para mejorar su desempeño, fomentar un mejor ambiente laboral, lograr el compromiso de los trabajadores hacia el patrono, así como apoyarlos en su familia y contingente”²¹³, de lo antes dicho se observa que el término prestación laboral depende de la existencia de un vínculo laboral entre las dos partes: patrono y trabajador.

En conclusión, y con el ánimo de proponer una solución al punto en discordia, se hace la siguiente conceptualización:

²⁰⁸DE BUEN LOZANO, N. y otros “**Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**”, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México Distrito Federal, México, 1997, pág. 737

²⁰⁹Ibidem

²¹⁰Ibidem

²¹¹<http://html.rincondelvago.com/derecho-laboral-en-republica-dominicana.html> Revisado el 3 de Diciembre de 2011

²¹²<http://www.definicion.org/prestaciones-laborales> Revisado el 3 de Diciembre de 2011

²¹³http://www.emprefiscal.com.mx/revista/paf/2004/ago04/356/r354-05_2.pdf Revisado el 3 de Diciembre de 2011

- **Prestaciones Sociales:** es de adherirse a la definición dada por Cabanellas supra, la cual a continuación se transcribe, “cada uno de los derechos o beneficios que a los asegurados o beneficiarios indirectos se les concede en los diferentes seguros sociales, de producirse la eventualidad o contingencia que se trata de compensar o remediar”. Es decir son derechos y beneficios que responden a un sistema estructurado de seguridad social, que como se trató más arriba trasciende el ámbito laboral; es decir que más que aplicarse solo a las partes de una relación laboral se aplican a un número más extenso de personas, como bien a dicho Cabanellas a los beneficiarios indirectos; así mismo se hace hincapié en que este tipo de prestaciones son de obligación para el Estado, por lo que éste es el que las proporciona; razón por la que son genéricas dichas prestaciones.
- **Prestaciones Laborales:** es una especie de la definición anterior, dado que depende de la existencia de una relación laboral entre las partes, pues es de adherirse a las definiciones proporcionadas supra, en donde se dijo que son beneficios extras al salario, el cual es la principal contraprestación que le debe el patrono al trabajador. Así Prestaciones Laborales son: “aquellos derechos de los que goza el trabajador respecto a su patrono, constituyendo beneficios extras al salario estipulado, los cuales pueden ser de carácter económico, cultural, social o como servicio gratuito; teniendo la finalidad inmediata de mejorar la productividad del trabajador para con su patrono, y la mediata de dignificar la condición de vida del trabajador, toda vez que se mantenga vigente la relación laboral”.

5.1.1 PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL REGULADA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO.

La Constitución de la República, en lo referente a la Previsión y Seguridad Social, en su artículo 43, establece: “Los patronos están obligados a pagar indemnización, y a prestar servicios médicos, farmacéuticos y demás que establezcan las leyes, al trabajador que sufra accidente de trabajo o cualquier enfermedad profesional.” Como norma suprema, la Constitución obliga al patrono al pago de indemnización y los servicios médicos que según las leyes se establezcan; entre otras, las leyes a las que se refiere el artículo, tenemos: el Código de Trabajo, La Ley del Seguro Social, Ley Orgánica del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, etc.

Asimismo, el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución, en lo referente a la Seguridad Social, establece: “el Estado mantendrá un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales de trabajo, asistencia, previsión y Seguridad Social, a fin de comprobar sus resultados y sugerir las reformas pertinentes.” Es decir que, no basta el mencionar la obligatoriedad de los patronos a dar estas prestaciones sociales, sino que también la Constitución regula que se debe mantener un constante servicio de inspección técnica, para velar por el cumplimiento de las leyes de trabajo, comprobar resultados y sugerir reformas; siendo evidente que ésta constituye una función estatal para liberar a la población de la inseguridad y la miseria, fin que está en función del bienestar para la sociedad, la igualdad y la justicia.

En cuanto a la regulación que se hace en el Código de Trabajo de las prestaciones y servicios de protección para los trabajadores, es necesario aclarar que éste se aplica para el trabajador que no está asegurado, es decir que supletoriamente el Código de Trabajo lo cubre, evitando así la violación al mandato establecido en nuestra Carta Magna, pero es la misma Constitución la que regula esta situación ya que el artículo 50 Cn. establece:

“La Seguridad Social constituye un Servicio Público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma. Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena Política de Protección Social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos. Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley.

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 cubiertas por el Seguro Social.”

En otras palabras, el Código de Trabajo actúa de manera supletoria, el Seguro Social cubre las obligaciones de los patronos para con los trabajadores, obligaciones a las que hacen referencia los artículos anteriormente expuestos; esto es la regla general y si el Seguro no lo cubre estamos ante la excepción a la regla, excepción que consiste en que estas prestaciones estarán a cargo de quienes las leyes de la materia, entre ellas el Código de Trabajo, designen. Toda prestación que regule el Código de Trabajo que no esté cubierta por el Seguro Social siempre se mantendrá a cargo del patrono aún cuando su trabajador este afiliado al Seguro.

Esto se reafirma en el artículo 100 de la Ley del Seguro Social que estipula: “El patrono que contribuya al Régimen del Seguro Social, quedará exento de las prestaciones que le impongan las leyes a favor de los trabajadores, a que esté obligado por contratos individuales y colectivos de trabajo o por costumbre de la empresa, en la medida en que tales prestaciones sean cubiertas por el Instituto”.

Habiendo aclarado lo pertinente a la aplicación del Código de Trabajo y la Ley del Seguro Social, pasamos a lo que es en sí la regulación en dicho

Código, es así que el libro tercero de nuestro Código de Trabajo se titula **“PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL”** y se encuentra distribuido en tres títulos; el primero denominado **“Prestaciones inmediatas a cargo del patrono”** el cual está compuesto por tres capítulos, el primero denominado **“prestaciones por enfermedad”**, el cual inicia con el artículo 307 C.T y regula que: al suspenderse el contrato de trabajo por accidente común o enfermedad común, el patrono debe pagarle a su trabajador el setenta y cinco por ciento de su salario básico; establece además las categorías delimitadas por el tiempo que tiene el trabajador de laborar para este mismo patrono y menciona los días en que tendrá derecho a gozar de ese porcentaje. Es decir que en estos casos el patrono está obligado a pagarle al trabajador únicamente prestaciones pecuniarias, estableciéndose en el mismo artículo tres categorías²¹⁴. A la fecha este artículo del Código del Trabajo no ha sufrido ninguna reforma.

El artículo 308 del mismo Código señala: que si el trabajador sufriera una enfermedad o accidente común, y sea esta imputable a culpa grave del mismo, tendrá que devolver a su patrono las cantidades que éste le hubiere pagado en concepto de subsidio. Será imputable al trabajador en el entendido que para lucrarse, de una forma inspirada de malicia, el trabajador pudiere provocarse una enfermedad, o no provocándosela finja y consiga los medios necesarios para hacer creer que la tiene; este es el sentido del artículo, prever dicha situación.

En el Capítulo dos que se titula **“Prestaciones por maternidad”**, se previenen una serie de situaciones que dan la protección necesaria para la mujer en estado de gravidez, misma que es de obligatorio cumplimiento para el patrono, y está constituido por los artículos siguientes:

²¹⁴RODRÍGUEZ AUERBACH, J. A. óp. Cit. Pág. 343

El artículo 309 del Código de Trabajo regula que se darán a la trabajadora embarazada en concepto de descanso por maternidad, doce semanas de licencia, seis de las cuales se tomarán obligatoriamente después del parto, y debe el patrono además pagarle anticipadamente una prestación pecuniaria del setenta y cinco por ciento del salario básico de esa licencia²¹⁵. Además se regula que la mujer embarazada tendrá derecho a la prestación económica únicamente si cumple con el requisito de haber trabajado para el mismo patrono durante 6 meses anteriores a la posible fecha del parto, de lo contrario sólo tiene derecho a la licencia.

El artículo 310 C.T. establece que para que la trabajadora goce de la licencia establecida en el artículo 309 del mismo Código, 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. Y como requisito para obtener la prestación económica que se establece en este capítulo, el artículo 311 C.T., regula que la trabajadora debe haber trabajado para el mismo patrono durante los seis meses anteriores a la fecha probable del parto; pero que en todo caso tendrá derecho a la licencia establecida en el Art. 309.

El artículo 312 de C.T. menciona que: una vez concluya su período de licencia por maternidad y comprobare la interesada con certificación médica que no se encuentra en condiciones de volver al trabajo, continuará suspendido el contrato por la causal 4ª del Art. 36 del C.T.; es decir, se tomará la suspensión como si fuese enfermedad o accidente común; esto por el tiempo necesario para su restablecimiento, quedando obligado el patrono a pagarle las prestaciones por enfermedad y a conservarle su empleo.

²¹⁵RODRÍGUEZ AUERBACH, J. A. óp. Cit. Pág. 346

Si una trabajadora lacta a su hijo, tendrá derecho con este fin, a una interrupción del trabajo de hasta una hora diaria. A su pedido, esta interrupción se podrá fraccionar en dos pausas de treinta minutos cada una; dichas interrupciones se contarán como horas de trabajo y serán remuneradas como tales.

El Capítulo tres es denominado **“Ayuda en caso de muerte del trabajador”**, contiene una sola disposición, hablamos del artículo 313 C.T, la cual se refiere en el primer inciso a que: en caso de muerte del trabajador, el patrono debe conceder una cantidad que equivaldrá a sesenta días de salario a quienes dependían económicamente de aquel, esto para los gastos de sepelio especialmente. En el mismo artículo se menciona que para la entrega del dinero se seguirá el orden según el trabajador los hubiere enumerado en el contrato o en su defecto en los registros de la empresa, además no podrá entregar la mencionada cantidad a persona distinta, sólo cuando ésta fuere incapaz, pues en tal caso la entregará a su representante legal y a falta de éste, a la persona que siguiere en el orden de la enumeración.

Si no hubiese contrato o registro, el patrono dará cumplimiento a esa obligación entregando el dinero a los parientes más inmediatos del trabajador y sí el trabajador no tuviere parientes, el patrono quedará obligado a hacer los gastos que ocasionen el funeral; justificándolo ante el Juez de Trabajo con los recibos correspondientes, en cuanto a los pagos realizados. Este artículo se relaciona con el artículo 369 del mismo C.T. que menciona la competencia de los jueces de lo Laboral inclusive en diligencias de Jurisdicción Voluntaria.

El título segundo se denomina: **“Seguridad e higiene del trabajo”**, está comprendido por dos capítulos que constan de un artículo cada uno, el primero es el artículo 314 C.T. que establece la obligatoriedad de los

patronos a adoptar y poner en práctica las medidas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo, y el artículo 315 C.T. establece la obligatoriedad de los trabajadores de cumplir con las normas de seguridad e higiene y las recomendaciones técnicas que para este fin les hayan sido dadas.

El título tercero del Código se denomina **“Riesgos Profesionales”**, proporciona la siguiente definición en el artículo 316 C.T: “se entienden 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.”

El régimen del riesgo profesional tiene su fundamentación en el art 43 de nuestra Carta Magna, como se expuso a inicios del presente punto.

El artículo 317 del Código, al referirse a lo que es el accidente de trabajo lo define de la siguiente manera: “Es toda lesión orgánica, perturbación funcional o muerte, que el trabajador sufra a causa, con ocasión, o por motivo del trabajo. Dicha lesión, perturbación o muerte ha de ser producida por la acción repentina y violenta de una causa exterior o del esfuerzo realizado.”

Sigue el artículo estableciendo que se consideran, además, accidentes de trabajo, los que sobrevengan al trabajador:

1º) En la prestación de un servicio por orden del patrono o sus representantes, fuera del lugar y horas de trabajo;

2º) En el curso de una interrupción justificada o descanso del trabajo, así como antes y después del mismo, siempre y cuando la víctima se hallare en el lugar de trabajo o en los locales de la empresa o establecimiento;

3º) A consecuencia de un delito, cuasi delito, o falta, imputables al patrono, a un compañero de trabajo, o a un tercero, cometido durante la ejecución de

las labores. En tales casos el patrono deberá asumir todas las obligaciones que le impone el presente Título; pero le quedará su derecho a salvo para reclamar del compañero o tercero, responsables, conforme al derecho común, el reembolso de las cantidades que hubiere gastado en concepto de prestaciones o indemnizaciones; y

4º) Al trasladarse de su residencia al lugar en que desempeñe su trabajo, o viceversa, en el trayecto, durante el tiempo y por el medio de transporte, razonables.

Para el Licenciado Auerbach²¹⁶, los tres elementos básicos que encontramos en la definición dada por el Código son:

- 1- Todo accidente de trabajo significa lesión, perturbación, funcional o muerte.
- 2- El de ser trabajador por cuenta ajena; es decir, un trabajador presta sus servicios a un patrono y este le paga en razón de este servicio; en otras palabras, un trabajador independiente no sería sujeto de accidente de trabajo con responsabilidad patronal.
- 3- Hay un nexo causal entre el trabajo que ejecuta la víctima y la lesión que sufre en un determinado momento.

El autor también hace la siguiente crítica que no es tan cierto lo que establece el artículo 317 en cuanto a que la lesión, perturbación funcional o muerte o consecuencia del accidente debe ser producida por la acción repentina o violenta de una causa exterior o del esfuerzo realizado; también menciona que la doctrina Española recoge algunos casos en los que los trabajadores sufren accidentes de trabajo y no precisamente por causas repentinas o violentas, tal es el caso de aquellos trabajadores que presentan un cuadro de enfermedad común, reumatismo por ejemplo, debido a que

²¹⁶Ibíd. pág. 355

permanecen por algún tiempo en lugares húmedos o fríos. Reflexiona que en estos casos 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 trabajo²¹⁷.

“Haciendo referencia a la tercera presunción que establece el artículo 317 del Código de Trabajo, se plantea el ejemplo de un delito imputable al patrono, homicidio o lesiones causadas por imprudencia o por malicia del patrono, en este caso caben 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 profesional; pero en caso de que sea por negligencia o imprudencia patronal como 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, se considera como accidente de trabajo; en las lesiones u homicidios de un tercero habrá que someterse a la prueba contraria, si hay elementos o motivaciones extrañas al trabajo no puede reputarse como accidente de trabajo”²¹⁸.

“Un último caso sería el de un tercero extraño a la explotación; por ejemplo, las lesiones u homicidios en un vigilante de la empresa; que será un caso típico de lesiones u homicidios dolosos que deben de entenderse como accidente de trabajo”²¹⁹.

La presunción establecida en el numeral 4° del artículo 317 es lo que llama la doctrina Accidente “itineri”, que es el que sufre el trabajador cuando va de su

²¹⁷Ibíd. pág. 356

²¹⁸Ibíd. Pág. 359

²¹⁹Ibíd. Pág. 360

casa al trabajo o viceversa²²⁰. Se considera en la doctrina y en nuestro Código de Trabajo como accidente de trabajo.

Según el Código, se estipulan las siguientes limitantes: en el trayecto, durante el tiempo y por medio de transporte razonable. Es decir que no puede variar totalmente el trayecto, prácticamente el nexo causal se rompe; el Juez debe considerar el tiempo prudente tomando los parámetros necesarios y el medio de transporte razonable para calcular el tiempo que puede tardarse del traslado a su casa y viceversa.

Todo lo que se refiere a los accidentes de trabajo está relacionado con el artículo 456 C.T. que establece que: “en los juicios por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el riesgo siempre debe probarse.” En otras palabras, se deben probar los accidentes y las enfermedades a la que han sido expuestos los trabajadores por motivo de su trabajo.

El artículo 319 del Código de Trabajo estipula: “Se considera enfermedad profesional cualquier estado patológico sobrevenido por la acción mantenida, repetida o progresiva de una causa que provenga directamente de la clase de trabajo que desempeñe o haya desempeñado el trabajador, o de las condiciones del medio particular del lugar en donde se desarrollen las labores, y que produzca la muerte al trabajador o le disminuya su capacidad de trabajo”.

“Este tipo de cuestiones necesitan de la asistencia de un perito médico, hasta el momento no resulta fácil determinar cuándo hay una enfermedad profesional, ya que a los propios especialistas o médicos les ha costado determinar cuándo existe la misma; el Licenciado Auerbach considera que: nunca se van a ver precisados a aplicar esto, y cuando así sea les va a

²²⁰ Ibídem

costar mucho y afrontarán los mayores problemas al momento de la evaluación de esas enfermedades”²²¹

Creemos conveniente hacer alusión al caso de las trabajadoras domésticas, hay que reconocer que en la realidad les toca lidiar con muchas situaciones a las que las exponen, debido a las tareas de limpieza a las que se les obliga, porque no se les dan los instrumentos de trabajo adecuados para su protección; también son contratadas para hacer las labores que corresponden a una enfermera, puesto que es típico que se usa a la misma trabajadora doméstica para hacer, aparte de las tareas domésticas, el cuidado de la abuela de tercera edad que está enferma y requiere cuidados especiales.

El Capítulo II llamado “**Consecuencias de los riesgos profesionales**”, comienza con el artículo 324 aclarando que las consecuencias de estos riesgos por las que responderán los patronos son la muerte y la incapacidad del trabajador, los artículos 325 al 327 clasifican las incapacidades en temporal y permanente ya sea total o parcial, de la siguiente manera:

- La Incapacidad permanente total: es la pérdida absoluta de facultades o de aptitudes que imposibilita a un individuo para desempeñar cualquier trabajo, por el resto de su vida. El artículo 341 C.T establece que el patrono pagará una indemnización por ésta en forma de pensión vitalicia, equivalente al sesenta por ciento de su salario.
- Incapacidad permanente parcial: es la disminución de las facultades o aptitudes de la víctima para el trabajo, por el resto de su vida. El art. 342 C.T establece que: Si la incapacidad producida por el riesgo fuere permanente parcial y el porcentaje fijado, según la Tabla de Evaluación de Incapacidad, fuere del veinte por ciento o más, el patrono pagará a la víctima, en forma de

²²¹Ibíd. Pág. 364

pensiones y durante diez años, una indemnización equivalente a dicho porcentaje, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad fuere permanente total.

- Incapacidad temporal: es la pérdida o disminución de las facultades o aptitudes de la víctima, que le impiden desempeñar su trabajo, por algún tiempo; si ésta no hubiere cesado después de transcurrido un año, se estima como incapacidad permanente.

En cuanto a las incapacidades antes mencionadas se hace una enumeración bastante extensa en la que se clasifican según la Tabla de Evaluación de Incapacidad que se enmarca en el artículo 329 del C.T. para graduar la incapacidad resultante y calcular la indemnización que corresponderá. Este artículo a su vez se relaciona con los artículos 341 y 342 del referido Código, los cuales se ubican en el Capítulo III que habla de las responsabilidades a las que debe estar sujeto el patrono en estos casos.

Las lesiones estéticas son mencionadas aparte, en el Art. 328 C.T.; éste alude a que las lesiones que sin producir incapacidad para el trabajo, ocasionen grave desfiguración de la víctima, se equiparán a la incapacidad permanente parcial y deberán indemnizarse de conformidad con el Art. 346. En otras palabras, tomando en cuenta las condiciones personales de la víctima, es decir: la profesión, edad, sexo etc.

El Licenciado Auerbach crítica dos numerales de la tabla establecida en el artículo 329 C.T los que se refieren a las incapacidades parciales, éstos son: el numeral 100 en cuanto al trabajador que recibe una lesión en el hueso, cuando según nuestra elemental anatomía, dice el autor, lo correcto es el hueco, y el numeral 101 que habla de una menoplejía completa del miembro superior, cuando lo correcto es monoplejía.

Lo más importante es la reflexión que hace el referido autor, al revelar la inquietud de qué tan aplicable es este capítulo si evidentemente desde la

fecha que se hicieron estas observaciones a la tabla; es decir que se venían haciendo desde 1980 que es la fecha de la edición de la obra del Licenciado Auerbach, a la fecha actual, no se ha reformado o corregido de alguna manera esta problemática, sabiendo que hablamos de términos que pueden poner a dudar en su decisión al Juzgador.²²²

El Capítulo III se denomina “**responsabilidades**” e inicia con el artículo 333 C.T que estipula que en caso de riesgos profesionales, el patrono está obligado a proporcionar al trabajador:

- a) Servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, odontológicos, hospitalarios y de laboratorio;
- b) Los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios;
- c) Los gastos de traslado, hospedaje y alimentación de la víctima, cuando para su curación, deba trasladarse a un lugar distinto al de su residencia habitual; y
- ch) Un subsidio diario equivalente al setenta y cinco por ciento de su salario básico durante los primeros sesenta días; y el equivalente al cuarenta por ciento del mismo salario, durante los días posteriores, hasta el límite de cincuenta y dos semanas.

Tiene acción de reembolso en contra del patrono por lo establecido en los literales a), b) y c) quien haya sufragado los gastos y si es un hospital del Estado o una asociación de utilidad pública quien hubiere prestado los servicios, el presidente o director podrá certificar los gastos realizados, teniendo tal certificación fuerza ejecutiva. Caso contrario es cuando en el juicio el patrono sea declarado exento de responsabilidad, el trabajador

²²²Ibíd. Pág. 365

estará obligado a reembolsar los gastos que aquel hubiere hecho en tales casos.

El artículo 335 C.T abre la puerta a la indemnización en caso de muerte del trabajador por riesgo profesional; el patrono, en este caso, está obligado a pagar una indemnización al cónyuge o compañero de vida, a los hijos menores de dieciocho años o incapacitados totalmente para el trabajo y a los ascendientes mayores de sesenta años o incapacitados totalmente para el trabajo, a menos que se probare que no dependían económicamente del trabajador ni siquiera en parte. Si faltaren los anteriormente enumerados, la indemnización se pagará a las personas que dependían parcial o totalmente del trabajador y en proporción al grado de dependencia, siempre que fueren menores de dieciocho años o incapaces totalmente para el trabajo, refiriéndose a lo establecido en el artículo 336 C.T.

El pago de la indemnización, según el artículo 337 C.T., se hará en forma de pensiones, que se pagarán en el orden siguiente:

- A los hijos, hasta que cumplan dieciocho años, pero si al cumplir dicha edad se hallaren incapacitados totalmente para el trabajo y hubieren transcurrido menos de diez años desde la muerte del trabajador, se deberá continuar pagando la indemnización hasta que transcurran dichos diez años o hasta que cesare la incapacidad, si esto ocurriere antes.
- Al cónyuge o compañero de vida, durante diez años, salvo que a la muerte del trabajador tuviere cincuenta años o más, pues en este caso la pensión será vitalicia.
- A los ascendientes durante diez años.
- A las demás personas que dependían económicamente del trabajador, durante tres años; pero si se tratare de menores de dieciocho años, se

les pagará la indemnización por el tiempo que falte para que cumplan dicha edad, sin exceder en ningún caso el límite de tres años. Si al cumplir dieciocho años se hallaren incapacitados totalmente para el trabajo y hubieren transcurrido menos de tres años desde la muerte del trabajador, se deberá continuar pagando la indemnización hasta que transcurran dichos tres años o hasta que cesare la incapacidad, si esto ocurriere antes.

Ahora bien, en cuanto a la forma de cancelar la indemnización, el artículo 339 C.T. dispone que: se calculará con base en el salario básico que devengaba la víctima y la cuantía será según los porcentajes siguientes:

- a) De un cuarenta por ciento, si sólo hubiere un beneficiario;
- b) De un sesenta por ciento, si hubiere dos beneficiarios;
- c) De un ochenta por ciento, si hubiere tres beneficiarios; y
- ch) De un ciento por ciento, si hubiere cuatro o más beneficiarios.

Se aclara en el mismo artículo que si concurren cónyuge o compañero de vida y otros beneficiarios, corresponderá al primero el cuarenta por ciento de la cantidad que deba pagarse, y el resto a los demás por partes iguales; pero si sólo concurre el cónyuge o compañero de vida y otro beneficiario, corresponderá el cincuenta por ciento a cada uno.

En el caso del inciso segundo del Art. 336; es decir, si la dependencia económica de los favorecidos fuere parcial se reducirán proporcionalmente los porcentajes contenidos en este artículo, a juicio prudencial del Juez competente.

El cónyuge o compañero de vida que fuere varón, tendrá derecho a la indemnización correspondiente, siempre que, a juicio de peritos, no tenga aptitud para el trabajo y éstos derechos caducan si él o la cónyuge,

compañero o compañera de vida contrae nupcias o viviere en concubinato; además, pierde su derecho si abandona a los hijos menores de edad que tuvo con la víctima. Esto conforme al art. 339 C.T.

El artículo 340 C.T menciona que el derecho de uno o más beneficiarios acrecerá proporcionalmente el de los demás, cuando sin haber recibido toda la pensión que le corresponde, por el período que la ley señala, cesa su derecho por cualquier causa. Para estos efectos, la pensión vitalicia del cónyuge o compañero de vida se estimará en diez años pero el derecho de acrecer no altera el porcentaje de indemnización a que el patrono está obligado.

Los artículos siguientes se refieren a la indemnización por incapacidad y establecen que el pago de ésta se hará conforme al tipo de incapacidad, de la manera siguiente:

Para el caso que se produjere incapacidad permanente total, el patrono le pagará una indemnización en forma de pensión vitalicia, equivalente al sesenta por ciento de su salario. Art. 341 C.T.

Y podrá el Juez aumentar la pensión vitalicia hasta el ochenta por ciento si a consecuencia del accidente, la víctima necesitase de la asistencia constante de otra persona que no sea su familiar, según las circunstancias.

En el caso que la incapacidad fuere permanente parcial y el porcentaje fijado, según la Tabla de Evaluación de Incapacidad, fuere del veinte por ciento o más, el patrono pagará a la víctima, en forma de pensiones y durante diez años, una indemnización equivalente a dicho porcentaje, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad fuere permanente total. Art. 342 C.T.

También se calculará de esta forma, con la única salvedad que el patrono pagará la indemnización sumando los porcentajes calculados, en los casos

que por consecuencia de un mismo riesgo, un trabajador resulte con dos o más incapacidades permanentes parciales y la suma de los porcentaje respectivos fijados en la Tabla de Evaluación de Incapacidad sea de veinte por ciento o más. Esto conforme o establecido en el inciso 1º del artículo 343 C.T. Pero si en los casos a que este artículo se refiere, la suma de porcentajes arroja un total de ciento por ciento, o más, la incapacidad será considerada como permanente total. Art. 343 inc. 2º C.T.

El artículo 344 C.T establece que: “cuando por consecuencia del riesgo el trabajador sufre la agravación o aumento de una incapacidad anterior, proveniente o no de un riesgo profesional, se le otorgará la indemnización que corresponda a la diferencia entre el porcentaje global de la incapacidad, incluyendo la incapacidad anterior y el porcentaje correspondiente a ésta última.

Sin embargo, cuando la incapacidad anterior tuviere señalado un porcentaje inferior al veinte por ciento en la Tabla de Evaluación de Incapacidad, deberá pagarse el porcentaje correspondiente a la incapacidad global resultante, si ésta tuviere señalado un porcentaje de veinte por ciento o más.

Así mismo, si la incapacidad global resultante constituyera una incapacidad permanente total, la indemnización se pagará conforme a ésta, sin tomar en cuenta la incapacidad preexistente, aunque el trabajador hubiere ya recibido alguna indemnización por ésta”.

Las indemnizaciones deberán pagarse íntegras, sin que pueda deducirse de ellas las cantidades erogadas por el patrono para gastos de curación y restablecimiento y las pensiones deben pagarse el último día hábil de cada mes. Así también está establecido que las indemnizaciones son de carácter personal, no pueden transferirse por acto entre vivos ni transmitirse por causa de muerte.

Especial mención, en esta investigación, merece el artículo 348 C.T., el cual establece que: “Para el cálculo de las indemnizaciones, si el patrono suministraba a la víctima prestaciones complementarias, tales como alimentación, habitación, etc., el salario básico se aumentará hasta en un treinta por ciento como máximo por todas ellas, atendidas las circunstancias, a menos que el patrono continuare proporcionando dichas prestaciones a la víctima”. Por lo general, éste sería el caso del trabajador doméstico.

El artículo 349 C. T. dispone que para el cálculo de las indemnizaciones y prestaciones en dinero, cualquiera que sea el salario ordinario diario que devengue el trabajador, ningún salario se considerará inferior al salario mínimo fijado.

En cualquier momento en que pudiese volverse nugatoria la obligación de pagar las indemnizaciones, podrán los interesados recurrir al Juez de Trabajo para que, con conocimiento de causa, ordene al patrono que en un término prudencial caucione en debida forma su obligación legal; y si éste no lo hiciere en el término dicho, podrá entonces el juez ordenar que la indemnización se pague en forma global.

Son consideradas cauciones suficientes: la hipoteca, las pólizas de seguro de compañías aseguradoras solventes, las fianzas bancarias y cualquier otra garantía que a juicio del juez ampare debidamente la solvencia patronal. Esto según el artículo 351 C.T.

Sólo aumentarán o disminuirán las indemnizaciones, una vez se haya acordado por el Juez de Trabajo y previo informe de las autoridades correspondientes, en los casos siguientes: aumentarán hasta en una tercera parte de su monto cuando el accidente o la enfermedad se hubiesen producido por infringir el patrono las normas y recomendaciones que sobre seguridad e higiene hayan dictado las autoridades competentes; y disminuirán hasta en una tercera parte, cuando el accidente o la enfermedad

se hubieren producido por infracción a dichas normas y recomendaciones por parte del trabajador, tal como se estipula en el artículo 356 C.T.

Para terminar éste capítulo, el artículo 359 C.T establece que en cualquier tiempo podrá pedir el patrono, la víctima o los beneficiarios, la revisión del fallo que ha determinado una indemnización, siempre que la solicitud se funde en la agravación, atenuación o desaparecimiento de la incapacidad, o en el hecho de haber fallecido la víctima a consecuencia del riesgo.

El Capítulo IV, Título Tercero, Libro Tercero, denominado “**seguros**”, señala la obligatoriedad que tienen los patronos de asegurar a sus empleados; así, el artículo 360 C.T. comienza mencionando que los patronos de empresas que se dediquen a actividades que por su propia naturaleza o por circunstancias especiales ofrezcan un peligro para la salud, la integridad física o la vida de los trabajadores, a juicio de la Dirección General de Previsión Social, están obligados a asegurar a aquellos trabajadores que, por participar en la ejecución de labores peligrosas, están expuestos a sufrir riesgos profesionales. No será necesaria dicha calificación respecto de las empresas que se dediquen a cualquiera de las actividades indicadas en el Art. 106 puesto que ya el Código las califica.

No obstante lo dispuesto anteriormente, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, previo dictamen de la Dirección General de Previsión Social sobre las condiciones de seguridad e higiene prevalecientes en el centro de trabajo del solicitante, podrá relevar a los patronos de la obligación legal de asegurar a sus trabajadores, cuando acrediten tener bienes más que suficientes para responder por las obligaciones derivadas de los riesgos profesionales.

Sin embargo, cuando las condiciones económicas del patrono variaren sustancialmente, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a petición de parte interesada, podrá revocar en cualquier tiempo la concesión. En ese sentido, el artículo 362 C.T. establece que: “Los patronos de aquellas

empresas en donde los riesgos profesionales no hayan sido frecuentes y se empleen sistemas y equipos de seguridad apropiados a sus actividades, a juicio de la Dirección General de Previsión Social, podrán ser relevados de la obligación de asegurar a sus trabajadores, siempre que constituyan una fianza bancaria suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que este Título les impone”.

Según el Art. 364 C.T., las pólizas de seguros, en los casos de los artículos 360 y 363, deberán cubrir un lapso no menor de un año, salvo cuando se trate de trabajos temporales que tuvieren una duración menor y una vez transcurrido el plazo señalado, así como cuando por cualquier causa se cancelare la póliza antes de su vencimiento, deberá otorgarse inmediatamente un nuevo seguro.

Conforme a lo establecido en el Art. 365 C.T., es facultativo para los patronos, si no están en los casos anteriormente mencionados, asegurar o no a sus trabajadores por los riesgos profesionales que pudieren sufrir.

Se regula en el artículo 366 C.T. que los contratos de seguros no podrán otorgarse sino con compañías de seguros inscritas en el registro que llevará en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, también se establece que de toda póliza de seguros suscrita para garantizar los riesgos profesionales que pudieren ocurrir a los trabajadores, deberá enviar la compañía respectiva una copia certificada al Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

El Art. 367 C.T. establece que para el conocimiento de sus empleados, los patronos deberán fijar avisos impresos en lugares visibles del establecimiento indicando, el nombre y dirección de la compañía aseguradora y el plazo de vigencia de la póliza.

Para finalizar se establece que el contrato de seguro no exime al patrono de la obligación de indemnizar los riesgos profesionales si, por cualquier causa,

la compañía aseguradora no lo verificare en la forma y tiempo prevenidos. En consecuencia, el trabajador asegurado o sus beneficiarios deberán dirigir su acción, en primer término contra la compañía aseguradora y, subsidiariamente, contra el patrono. Es decir que el objetivo de esta disposición es que el trabajador no esté desprotegido y según lo que se dispone en este Libro, las prestaciones se deberían aplicar siempre, esté o no esté asegurado el trabajador.

5.1.2 PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL REGULADA EN LAS LEYES DEL SEGURO SOCIAL

El trabajador doméstico en nuestro país por muchos años no estuvo protegido por el seguro social, de hecho el artículo 2 literal “a”, del **Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social**²²³, les excluyó de forma expresa estipulando que “todavía no sería aplicable”²²⁴. Esta situación se dio desde 1954 hasta que en 2010 se decretó el **Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos**²²⁵, el cual en su artículo 18 derogaba el literal “a” de la precitada norma. De lo mencionado se denota una deuda por parte del poder Legislativo y Ejecutivo, ya que el artículo 45 de la Constitución de 1983 dice: “Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes presten servicios de

²²³D.E. No. 37 del 10 de Mayo de 1954, publicado en el D.O. No. 88, Tomo No. 163 del 12 de Mayo de 1954

²²⁴Ibidem

²²⁵D.E. No. 74 del 31 de Mayo de 2010

carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos”; lo mismo establecía, en diferentes artículos, la Constitución de 1950 y la de 1962. Es decir que si bien desde hacía mucho tiempo se había ordenado la regulación legal de los derechos de seguridad para el trabajador doméstico, éstos no habían sido reglados por ninguna ley.

Para entender lo dicho anteriormente, debemos de comparar los servicios del Seguro Social:

A. Enfermedad y Accidente Común:

El artículo 48 inciso primero de la Ley del Seguro Social establece que los asegurados tienen derecho a: “recibir servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, odontológicos, hospitalarios y de laboratorio, y los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios”, así mismo, y sin dar una definición legal, el artículo 52 de la precitada ley establece que en “caso de accidente común, se aplicarán las reglas de los artículos precedentes para el caso de enfermedad común”. Si bien es cierto que el legislador no quiso determinar qué se debe de entender por accidente común o enfermedad común, debemos de comprenderlos como aquellas enfermedades o accidentes que no son consecuencia del trabajo realizado al patrono; es decir, que son generados por cualquier causa ajena al quehacer estrictamente laboral. Siguiendo con el anterior planteamiento, debemos de entender que son asegurados todos los trabajadores que según el artículo 1 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, presten servicios remunerados al patrono, no tomándose en cuenta las excepciones del artículo dos del precitado cuerpo normativo; es a aquellos a quienes se les aplican las Prestaciones de Salud que regula el capítulo IV de dicho

reglamento, y que en el artículo 14 inciso segundo determina que constituyen prestaciones de salud las establecidas en los siguientes artículos de la Ley del Seguro Social: 48 que regula la enfermedad común, 53 que regula el accidente y la enfermedad profesional, 59 que regula los beneficios por maternidad y el artículo 71 que regula la medicina preventiva.

Se entiende que dichas “Prestaciones de Salud” se aplican al trabajador doméstico por lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos, el cual establece que los trabajadores domésticos tendrán derecho a gozar de todas las prestaciones y servicios de salud establecidos en la Ley del Seguro Social y en el Reglamento para Aplicación del Régimen del Seguro Social; es decir, aquellos citados supra.

La pregunta en este nivel de la investigación es ¿Qué diferencias existen con el trabajador común? Si bien, la respuesta en principio, tomando de base la apariencia de lo antes dicho, sería ninguna; lo cierto es que sí existen diferencias y éstas radican en lo siguiente: según el artículo 14 inciso tercero del Reglamento para Aplicación del Régimen del Seguro Social, todo trabajador activo tendrá siempre derecho a las prestaciones enumeradas en el inciso segundo del mismo artículo y si el trabajador estuviese cesante deberá acreditar por lo menos dos meses asegurados en los cuatro meses calendario anteriores a la fecha de la primera solicitud de servicios; sin embargo, el régimen con el trabajador doméstico es diferente puesto que en base al artículo 3 inciso tercero del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos, esta especie de trabajador no gozará de las prestaciones de salud de las siguientes enfermedades: Insuficiencia Renal, Cáncer, Cardiopatía Coronaria y las Cirugías Electivas, si dentro de los 6 meses posteriores a la afiliación padece alguna de las enfermedades enumeradas anteriormente; es decir

que al trabajador común activo se le prestarán los servicios de salud por parte del Seguro Social sin más requisito que estar activo; mientras que al trabajador doméstico se le prestarán dichos servicios, toda vez que esté activo, pero se le negarán respecto a las siguientes enfermedades: *Insuficiencia Renal, Cáncer, Cardiopatía Coronaria y no podrá someterse a Cirugía Electiva alguna*, si las padece dentro de los 6 meses posteriores a su afiliación. Dicho de otra forma: **un trabajador doméstico que se afilie el 1 de abril de 2012 y que el 1 de mayo de 2012 se le diagnostique Cáncer, no gozará de la Prestación de Salud por estar dentro de los 6 meses posteriores a su afiliación.**

Dicha norma parece inconstitucional, pues genera una desigualdad arbitraria, mostrando lo nocivo de los regímenes diferenciados respecto a la Seguridad y Previsión Social, pues nos parece inhumana dicha diferenciación en especial porque ningún ser humano puede controlar su salud ni evitar enfermedades que en ocasiones tienen una fuerte carga genética como es el caso del cáncer.

Respecto al subsidio económico prestado por el Seguro Social en caso de enfermedad común, según lo dispuesto por el artículo 3 inciso segundo del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos, no se le otorgarán al trabajador doméstico sino en caso de maternidad únicamente. Dicho subsidio, según el artículo 23 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, se aplica a todos los trabajadores activos o cesantes que acrediten por lo menos ocho semanas aseguradas dentro de los últimos tres meses calendario posteriores a la demanda correspondiente. Esta ley, en su artículo 24, dice que: “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 este”. **Como observamos, el trabajador común tiene derecho a dicho subsidio económico toda vez que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley del Seguro Social, pero el trabajador doméstico no goza de este derecho en ningún caso por enfermedad común.**

La importancia de este subsidio radica en que equivale al 75% del Salario Medio Base del asegurado, el cual se determina al dividir entre 90 el monto de las remuneraciones del trabajador afectas en los primeros tres meses calendario de los cuatro anteriores al mes en que comenzó la incapacidad.

B. Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

La ley del Seguro Social, en su artículo 53, establece que los asegurados tienen derechos a las prestaciones enumeradas en el artículo 48; es decir, todas las prestaciones de salud para una enfermedad común. En este punto debemos de remitirnos a lo dicho respecto a las enfermedades enumeradas por el artículo 3 inciso tercero del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos.

Sin embargo, no podemos dejar de lado que el artículo 3 inciso segundo del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos establece que el subsidio sólo procede en caso de maternidad; recalamos lo antes dicho puesto que el artículo 31 literal “a” del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social establece que el trabajador gozará de un subsidio diario si se produce incapacidad temporal. El monto es igual al del Subsidio Diario por Incapacidad Temporal por Enfermedad o Accidente Común, sólo que en el caso de incapacidad por riesgo profesional, el subsidio se paga desde el día siguiente de ocurrido el accidente o de detectada la enfermedad. **Un**

trabajador común por el mero hecho de estar activo y toda vez que cumpla con los requisitos del artículo 32 del Reglamento para Aplicación del Régimen del Seguro Social podrá gozar del Subsidio Diario de Incapacidad Temporal por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional; sin embargo, el trabajador doméstico aunque sea asegurado activo no podrá gozar de dicho subsidio.

Al igual que el punto anterior, se ve como inconstitucional dicha desigualdad normativa, puesto que si bien el artículo 45 de la Constitución de la República establece que: “la extensión y naturaleza de los derechos ante mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo”, dicha norma no es óbice para negar un derecho como lo es el de dicho subsidio, ya que éste es, en buena medida, el sustituto del salario que el trabajador deja de devengar durante su incapacidad.

C. Maternidad

El artículo 59 de la Ley del Seguro Social establece: “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 tendrá derecho a recibir subsidios acumulados por concepto de enfermedad y de maternidad; y

d) Una ayuda para la lactancia, en especie o en dinero, cuando la madre esté 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”

Respecto al Subsidio que menciona el literal “ch” del precitado artículo, lo desarrollan los artículos 26 y 28 del Reglamento para Aplicación del Régimen del Seguro Social en donde establece, el primero, que se otorgará durante un período de 12 semanas, siendo el equivalente al 100% del Salario Medio Base de la Asegurada²²⁶.

En este tema no podemos señalar diferencias con el trabajador común puesto que el artículo 3 inciso final del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos establece que se aplicará todo lo dispuesto en el Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social referente a las prestaciones por maternidad.

D. Invalidez

En este apartado debemos de comentar respecto a la invalidez por riesgo profesional y la invalidez común, esta última según el artículo 1 inciso último

²²⁶ Según reforma al reglamento realizada por el D.E. No. 133 del 20 de Diciembre de 2007, publicado en el D.O. No. 238, Tomo No. 377 del 20 de Diciembre de 2007

de la **Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones**²²⁷ está a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

Debemos de afirmar que el trabajador doméstico no dispone de la prestación por Invalidez por Riesgo Profesional, puesto que el Capítulo VI llamado “Prestaciones Pecuniarias en caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional”, del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, las regula como prestaciones de carácter económico, y según lo dispuesto en el artículo 3 inciso primero del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos, esta especie de trabajadores gozan de todas las prestaciones de salud del primer reglamento supra mencionado. Es decir, sólo prestaciones de salud, más no así prestaciones de índole económica como lo sería la Pensión de Invalidez por Accidente o Enfermedad Profesional.

Así pues, la Pensión de Invalidez total por Accidente o Enfermedad Profesional, es equivalente al 70% del Salario Anual de Base, el cual se determina tomando por un lado el monto de la remuneración afecta al Seguro en los 12 meses calendario anteriores al accidente y de otro el tiempo total de los períodos asegurados. Si el accidente ocurriere en el transcurso del mes del primer ingreso al Régimen del seguro, se establecerá dicho Salario Anual de Base tomando en cuenta, el monto de la remuneración afecta y el tiempo del seguro, todo esto de conformidad con lo establecido por el artículo 33 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social.

Según el artículo 34, inciso primero, del referido Reglamento, si al término del pago del subsidio diario el trabajador permaneciere con una disminución parcial de la capacidad de trabajo mayor a un 20%, tendrá derecho a una

²²⁷D.L. No. 927 del 20 de Diciembre de 1996, publicado en el D.O. No. 243, Tomo No. 333 del 23 de Diciembre de 1996

pensión cuyo monto será proporcional al grado de disminución de la capacidad.

Así mismo, el artículo 34 inciso segundo dice: “Toda disminución de la capacidad de trabajo superior al 66% dará derecho a la pensión completa de incapacidad, la pensión del trabajador cuya incapacidad sea superior al 20%, para igual o inferior al 35%, será temporal; se le pagará durante un período de tres años y por un monto igual al doble del que resulte de aplicar el porcentaje de disminución de su capacidad, al valor de la pensión completa que le habría correspondido en caso de invalidez total”. Dicho porcentaje se determina en base al **Reglamento de Evaluación de Incapacidades por Riesgo Profesional**, el cual en su artículo 6 contiene una “Tabla de Evaluación de Incapacidades”, en la que se establece la forma de apreciar el grado de disminución en la capacidad de una persona.

De lo dicho con anterioridad concluimos que: **al trabajador común se le protege no sólo con las prestaciones de salud por parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social sino también por medio de las prestaciones económicas, entre las que se encuentran el Subsidio Diario por Incapacidad Profesional, pero sobretodo la Pensión en caso de Incapacidad Permanente; mientras que al trabajador doméstico no se le protege con estas últimas, lo cual consideramos que es una deuda por parte del Estado salvadoreño con dichos trabajadores, puesto que una incapacidad podría ser de tal magnitud que podría evitar que volviese a ejercer dicha profesión; aunado esto a una posible falta de formación, le cerraría las puertas a otras fuentes de empleo y una prestación de carácter económica sería una fuente de ingresos seguros que el actual sistema jurídico de nuestro país le niega a dicho trabajador.**

Otro tanto se da respecto a la Invalidez Común, la cual como se ha

mencionado supra compete a las Administradoras de Fondos para Pensiones; pero la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en su artículo 9 inciso segundo, establece: “Los Trabajadores agrícolas y domésticos serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo. Para su afiliación se dictará un Reglamento especial”, el cual a la fecha no existe. **Es decir, el trabajador común está protegido por la Pensión de Invalidez Común y Profesional, pero el trabajador doméstico no, sólo tiene protección por salud.**

E. Vejez

Respecto a la protección por Vejez nos encontramos en una situación parecida a la invalidez, puesto que la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones vino a reformar nuestro sistema de Seguridad Social, siendo dicho cuerpo normativo el encargado, a partir de su vigencia, de otorgar dichas pensiones, todo de conformidad a su artículo primero inciso segundo, el cual dice: “El Sistema comprende el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, mediante los cuales se administrarán los recursos destinados a pagar las prestaciones que deben reconocerse a sus afiliados para cubrir los riesgos de Invalidez Común, Vejez y Muerte de acuerdo con esta Ley”, es el caso que las pensiones por vejez son de cargo de las Administradoras de Fondos para Pensiones, las cuales son por ende parte del Sistema de Ahorro para Pensiones, sistema al que el trabajador doméstico aún no tiene acceso, de conformidad al artículo 9 inciso segundo de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Para ser beneficiario de dicha pensión se debe de cumplir con los requisitos enumerados en el artículo 104 de la ley supra mencionada, los cuales son: que los hombres hayan cumplido 60 años y las mujeres 55, toda vez que

registren como mínimo 25 años de cotizaciones, siendo estas continuas o discontinuas, o que el saldo de la cuenta individual para pensiones sea suficiente para financiar una pensión igual o superior al sesenta por ciento del Salario Básico Regulador, el cual según el artículo 122 de la ley supra mencionada se estima como el promedio mensual del ingreso base de cotización de los últimos ciento veinte meses cotizados, anteriores al mes en que se cumplan los requisitos para acceder a pensión de vejez.

Así pues, **dado que no existe por el momento el reglamento que incorpore al trabajador doméstico al Sistema de Ahorro para Pensiones, éste se encuentra en una evidente inseguridad en su vejez, puesto que sencillamente no la tiene; diferente situación es la del trabajador común a quien dicho sistema se le aplica.**

F. Muerte

En este apartado se hablará de las prestaciones o beneficios por muerte, y sobre todo de la Pensión de Sobrevivencia, la cual ahora está a cargo de las Administradoras de Fondos para Pensiones.

Es de aclarar que los beneficios por muerte prestados por las Administradoras de Fondos para Pensiones son aquellos que surgen por riesgos comunes, es decir, por enfermedad o accidente común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 106 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, lo cual es concordante con lo regulado en el artículo 1 inciso 2º del mismo cuerpo normativo.

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia: los hijos del afiliado hasta que cumplan 18 años ó 24 si están estudiando, o de cualquier edad si es discapacitado, de conformidad al artículo 108 de la ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; la viuda o viudo, de conformidad al inciso primero del

artículo 106 de la antedicha ley; el o la conviviente de unión no matrimonial declarada judicialmente, este requisito no será necesario si hubieren hijos en común, según lo estipulado por el artículo 107 del referido cuerpo normativo, toda vez que no se presenten dos o más personas solicitando pensión por convivencia; y los padres del causante, toda vez que no existan otros beneficiarios y que el padre sea mayor de 60 y la madre de 55, requisito que se puede obviar si los padres tienen la condición de inválidos.

Se observa cómo **el trabajador común está protegido por el Sistema de Ahorro de Pensiones, puesto que el artículo 6 de la Ley del Sistema de Ahorro de Pensiones regula al trabajador dependiente, el cual está sujeto a una relación laboral, y al trabajador independiente el cual no está sujeto a dicha relación. Debemos de traer esto a colación por la situación que vive el trabajador doméstico, puesto que si bien es sujeto de una relación de carácter subordinada, es excluido del Sistema de Ahorro para Pensiones por el artículo 9 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.**

En caso de muerte causada por riesgo profesional, es decir, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, los beneficios son proporcionados por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, según lo dispuesto por los artículos 38 y siguientes del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social. La primera de estas disposiciones regula que en caso de que un asegurado muera por accidente o enfermedad profesional o en caso de muerte de un pensionado de pensión completa por incapacidad, el cónyuge y los hijos dependientes económicamente del fallecido a la fecha de su muerte, tendrán derecho a percibir pensión de sobreviviente sobre el monto de la pensión completa de incapacidad correspondiente en la cuantía del 60% para el cónyuge y 30% para cada hijo; es decir, que primero se debe de calcular el valor de la pensión completa que le correspondía al causante y de

esta pensión, corresponde el 60% de dicha pensión al cónyuge como valor fijo, para cada hijo corresponde el 30%; haciendo la salvedad de que según el artículo en comento, la suma de las pensiones no pueden exceder el 100% de la pensión base y en caso de que exceda se deberá de reducir proporcionalmente la pensión de cada hijo. Asimismo este artículo establece que si un hijo ya era huérfano de uno de sus padres, tendrá una pensión fija del 40% toda vez que no goce de pensión alguna la cual surja como beneficio de sobrevivencia de uno de sus padres. También se debe de aclarar que para que los hijos tengan derecho a esta pensión, estos deben de ser menores de 16 ó hasta los 21 años de edad en el caso de que estén estudiando en algún establecimiento público o autorizado por el Estado, en caso de ser inválidos no se requiere requisito de edad. Llama la atención que la pensión por sobrevivencia, de conformidad al artículo 39 del referido Reglamento, será vitalicia para la viuda mientras no contraiga nuevas nupcias, conviva en unión no matrimonial o abandone a los hijos habidos con el asegurado causante; hacemos la salvedad que el inciso segundo del artículo en comento establece que en caso de matrimonio de la viuda o de la compañera de vida, tendrá derecho a percibir una prestación equivalente a dos años de su pensión aun cuando su derecho siempre caduca. El viudo no gozará de la pensión toda vez que tenga aptitud para el trabajo, según el artículo 41 del mismo Reglamento.

El artículo 38 del Reglamento en comento protege subsidiariamente a los padres del causante, toda vez que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que falte el cónyuge o hijos con derecho a la pensión.
- b) Que el padre del causante tenga 65 años o más de edad y la madre 60 años o más o que sean inválidos.

De darse cualquiera de las dos causales anteriores, la pensión que les corresponderá a ambos padres en conjunto será el 60% de la pensión, según

el cálculo supra mencionado; al mismo tiempo, si uno de los padres ha fallecido estando pensionados ambos o sólo uno de ellos tiene el derecho por cumplir con las causales en comento, la pensión del único beneficiario será del 40%.

Cabe aclarar que en caso de extinción o cesación del derecho de uno o más beneficiarios habrá acrecimiento en la pensión de los otros beneficiarios, de conformidad al artículo 42 del Reglamento en comento, limitándose dicho acrecimiento a no exceder el 100% de la pensión. Se debe de aclarar que estas pensiones se pagan de forma mensual.

Tomando en cuenta lo antes dicho, **nos remitimos a la conclusión respecto a los beneficios de muerte por riesgo común, puesto que el REGLAMENTO DE CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SALUD Y MATERNIDAD PARA LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS, en su artículo 3, limita las prestaciones de salud otorgados por el REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SEGURO SOCIAL, las cuales están enumeradas en su artículo 14, en donde establece que las prestaciones de salud son las que se encuentran en los artículos 48, 53, 59 y 71 de la Ley del Seguro Social. Pero aún más, el artículo 14 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social no enumera el artículo 66 el cual regula los beneficios por muerte. Es así que el trabajador doméstico no tiene, por parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, prestaciones por muerte aun cuando sea asegurado activo de éste.**

LA SITUACIÓN PARTICULAR DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO ANTE EL SEGURO SOCIAL:

El seguro social protege a los trabajadores domésticos en los rangos de 14 a 60 años, según el artículo dos inciso segundo del Reglamento de Creación y

Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores domésticos; sin embargo, se debe de resaltar que el régimen que crea el reglamento precitado no es de carácter obligatorio sino que debe pactarse de común acuerdo con el patrono, según lo dispuesto por el artículo 2 inciso primero antes citado. Observamos una diferencia fundamental con el **trabajador común, para el cual, según el artículo 3 inciso primero de la Ley del Seguro Social, es obligatorio para todos los trabajadores que dependan de un patrono, sea cual fuere el tipo de relación laboral, en concordancia con el artículo 50 inciso primero de la Constitución de la República, el cual dice que: “la seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma”;** el artículo 45 de la Constitución dice que la ley determinará la extensión y naturaleza de la seguridad social hacia el trabajador doméstico pero no dice que ésta no sea obligatoria, de hecho si la Constitución es un cuerpo orgánico, se debe entender que la seguridad social es obligatoria. Es así que el trabajador común tiene la garantía de que su patrono está obligado a aportar a la seguridad social mientras que el trabajador doméstico depende de la venia de su o sus patronos.

Y es que el trabajador doméstico puede tener más de un patrono, situación que el artículo 2 inciso tercero y cuarto del Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para el Trabajador Doméstico reconoció al definir: “Para los efectos de este Decreto, se considera trabajador doméstico toda aquella persona que realiza labores dependientes en forma habitual y continua, en el hogar u otro sitio de residencia o habitaciones particulares, que no importe lucro o negocio para el empleador.

El trabajador doméstico que preste sus servicios para dos o más empleadores, podrá afiliarse a este Régimen Especial, siempre y cuando lo

afilie por lo menos, un empleador; en este caso, la cotización no será menor de la prevista en el artículo 6 del presente Reglamento”.

5.2 PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO

5.2.1 JORNADA LABORAL

Para Guillermo Cabanellas, citado por el Licenciado Auerbach, la Jornada laboral “es tanto como la duración del trabajo diario de los trabajadores. Por ampliación convencional del vocablo jornada, más 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 y 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 exigible²²⁸.

En nuestra legislación la encontramos regulada en el artículo 38 numeral sexto de nuestra Carta Magna relacionado con el artículo 45; en la legislación secundaria se desarrolla en el libro primero, Título tercero, Capítulo tres del Código de Trabajo, que se denomina “DE LA JORNADA DE TRABAJO Y DE LA SEMANA LABORAL”, específicamente en su artículo 161 establece que: “las horas de trabajo serán 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 ordinaria de trabajo diurno, salvo

²²⁸ALEMÁN PAEZ F. y otros, óp. Cit. pág. 204

excepciones legales, no excederá de ocho horas diaria, ni la nocturna de siete.

La jornada de trabajo, que comprende más de cuatro horas nocturnas, será considerada nocturna para efectos de su duración.

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

Según la doctrina, dentro de las clases de jornada se encuentra la denominada jornada mixta que es la que consiste en alternar en su duración horaria, horas de labor diurna y nocturna. Esto acontece cuando las necesidades de la explotación de la empresa así lo exigen, prolongando la jornada diurna más allá de las 19 horas o anticipando su iniciación antes de las seis de la mañana²²⁹.

Vale la pena aclarar también que la actividad laboral se desarrolla dentro de unos márgenes temporales acotados por dos parámetros básicos: la jornada y el horario de trabajo. a) La jornada es el tiempo que el trabajador dedica a la realización de la actividad para la que fue contratado, la cual se computa de forma diaria, semanal o anual. b) Mientras que el horario es el elemento que distribuye los períodos de actividad y de descanso con indicación de las horas iniciales y finales de trabajo.

En la doctrina, para instituir el cálculo del tiempo al referirse a la teoría del trabajo efectivo, se menciona que la idea original en relación con la jornada de 8 horas, era que durante ese lapso el trabajador debía prestar un trabajo efectivo, no computándose dentro de la jornada las reducciones motivadas por descansos o interrupción de horarios. Un análisis técnico distinguió entre el tiempo reglamentario: que es aquel tiempo fijado para el trabajo por la

²²⁹PÉREZ, B. óp. Cit., pág.127

dirección de la fábrica; tiempo nominal: es el tiempo durante el cual se considera que el trabajador está presente en la fábrica, en este no se comprenden los períodos de ausencia por causa de enfermedad, el tiempo perdido por llegar tarde o salirse temprano etc.

Y por último, tiempo efectivo es, como su palabra lo dice, el tiempo de trabajo efectivo en el que no se incluyen todos los períodos excluidos del tiempo nominal y además el tiempo perdido por retardo al comenzar el trabajo o por dejación de éste antes de la hora de parada normal, las interrupciones ocasionadas por la espera de materiales y las numerosas paradas de escasa duración, debidas a las conversaciones etc²³⁰.

Pero las pequeñas pausas que por reglamentos, convenciones colectivas o por otros acuerdos se conceden a los trabajadores durante su jornada, se consideran trabajo efectivo por encontrarse los trabajadores a disposición del empresario o patrono y no poder en esos intervalos disfrutar plenamente de ese tiempo para ellos mismos, ya que como mínima sujeción deben permanecer en el lugar de trabajo.

La formula más aceptable es la que toma como jornada de trabajo no solo el tiempo de prestación efectiva o real de servicios, sino también el período en el que el trabajador se encuentre a disposición del patrono, para que este pueda utilizar sus servicios; es así como se fue dejando atrás la idea original que era que para el cálculo del tiempo como trabajo efectivo sólo se tomaría el tiempo en que efectivamente el trabajador está ejecutando su trabajo²³¹.

En esta teoría se toma la duración del trabajo desde el momento que entra el trabajador al lugar de trabajo hasta que sale del mismo, por estar sujeto a la

²³⁰ CABANELLAS DE LAS TORRES, G. “**Compendio de Derecho Laboral**”, actualizado por José N. Gómez Escalante, Tomo I, cuarta edición, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2001, pág. 547

²³¹ CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 652

disposición del patrono pero debe ser del conocimiento del patrono que el trabajador ya está en su respectivo lugar²³².

Cabanellas también habla de que la jornada real es a partir del instante en que el trabajador se encuentra en condiciones de ejecutar las órdenes del patrono, excluyendo del cómputo el tiempo que invierte en cambiarse de ropa, preparar la maquinaria etc.

En Argentina, retoman sólo dos teorías como las principales, el trabajo nominal como: que computa el tiempo en que el trabajador está a disposición del patrono dentro del lugar de trabajo; y la del trabajo efectivo: que considera el lapso de efectiva prestación de los servicios. Como anteriormente se mencionó, en la primera teoría se computa el tiempo que el trabajador se cambia de ropa, el tiempo que recorre para llegar a la planta de trabajo, preparación de herramientas, en fin todas las tareas preparatorias y accesorias; y la segunda, desde que comienza su labor hasta que termina²³³.

Para nuestro caso, el Código reconoce la teoría de trabajo efectivo en el artículo 163 C.T. puesto que se considera todo aquel tiempo en que el trabajador está a disposición del patrono, a su vez se establecen ciertas pausas en el mismo artículo, esas pausas son limitadas de la forma siguiente: las indispensables para descansar, comer, o satisfacer otras necesidades fisiológicas, dentro de la jornada de trabajo.

En cuanto a los fundamentos doctrinarios para la regulación de la Jornada de Trabajo tenemos que:

La limitación del tiempo de trabajo se fundamenta en razones de orden social, fisiológico y económico.

²³² *Ibíd.* Pág. 643

²³³ BERTOZZI, V. “CURSO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, Tomo I, editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2003, pág. 264

Estas razones son similares a las que se tratarán en el tema del descanso, creemos que por esa razón los autores, al analizar dichas figuras, suelen confundir una con la otra, puesto que están íntimamente ligadas; al tratar la última figura se analizarán a profundidad estas razones, pero se adelanta que se limita la jornada de trabajo desde un punto de vistas social: porque una duración prolongada de trabajo perjudica el estado físico y la salud del trabajador, así como su desarrollo intelectual.

El tiempo de trabajo y de descanso debe estar equilibrado, de manera que el desgaste y reposición de las fuerzas físicas y síquica se compensen para no perder fuerza de trabajo. Aunado a que la persona tiene que tener tiempo para su vida familiar y social, recreación y educación.

El aspecto fisiológico: en cuanto a que el trabajo de mucha duración surte efectos contrario al rendimiento por la fatiga que produce y aumenta el riesgo a que ocurran accidentes de trabajo. También la labor excesiva es causante de que ocurran pérdidas económicas, en la maquinaria y materia prima ya que se ha comprobado que la calidad del trabajo y la capacidad de producir de una persona disminuyen con el paso de las horas de labor.

Pasando a lo que se regula en cuanto a esta condición de trabajo para los trabajadores domésticos, tenemos que: antes del primer Código de Trabajo publicado en el Diario Oficial del 1° de febrero de 1963, existieron varias leyes que regularon las prestaciones laborales, como La Ley de Jornadas de Trabajo y Descanso Semanal, que en su artículo 5 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.

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 trabajo doméstico en establecimientos industriales, comerciales, sociales y otros equiparables etc.”²³⁴

Según esta ley no se aplicaba a los trabajadores domésticos que desarrollaran labores de hogar, sino a aquellos que realizaran las mismas labores pero en establecimientos comerciales y similares.

Después de esta ley aparece el primer Código de Trabajo, el cual incorporó las distintas leyes que existían y el art.73 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 deberán destinarse para las comidas etc.”

Para el Licenciado Auerbach, aún en el actual Código de Trabajo se regula de una manera inhumana la jornada de trabajo para el trabajador doméstico, pues sólo se disminuyeron de catorce a doce horas su jornada diaria y a setenta y dos semanales. Y revisando efectivamente el art. 80 del C.T establece: “El trabajador del servicio doméstico no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas, y las otras dos deberán destinarse para las comidas, y además de un día de descanso remunerado cada semana acumulables hasta el número de tres días. Se entiende que los trabajadores contratados a base de sueldo mensual, tienen incorporado en éste, el pago correspondiente a los días de descanso”.

²³⁴RODRÍGUEZ AUERBACH, J. A. óp. Cit. Pág. 195

En el artículo 38 de la Constitución de la República numeral sexto se regula que: “La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas y la semana laboral de cuarenta y cuatro horas.

El máximo de horas extraordinarias para cada clase de trabajo será determinado por la ley.

La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna y estará reglamentada por la ley. La limitación de la jornada no se aplicará en casos de fuerza mayor.

La ley determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando, atendiendo a causas biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija, y la de aquellas que deberán mediar entre dos jornadas.

Las horas extraordinarias y el trabajo nocturno serán remunerados con recargo.”

Y es que el fin de regular la jornada no es más que lograr que efectivamente el trabajador descanse por razones de valoración de su salud sico-física, debiendo dejarse de lado la tentación de la compensación en dinero que no atiende al hombre, sino a su patrimonio;²³⁵ y es lo que criticamos en cuanto al trabajado doméstico, que si bien es cierto atiende a un régimen especial, parece estar favoreciendo a la clase patronal y no al trabajador ya que el trabajador doméstico está ceñido por la modalidad de vida de sus empleadores y el inicio y finalización de su día dependerá, en buena medida, del ritmo y forma de vida de aquellos a quienes asiste²³⁶.

Conforme lo estipula el artículo 165 C.T., “El patrono fijará originariamente el horario de trabajo; pero las modificaciones posteriores tendrá que hacerlas

²³⁵ FERREIROS E. M. y otro, óp. Cit., pág. 90

²³⁶ Ibídem

de acuerdo con los trabajadores. Los casos de desacuerdo serán resueltos por el Director General de Trabajo, atendiendo a lo preceptuado por este Código, convenciones y contratos colectivos, 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.” En nuestro país, ante la necesidad económica de los trabajadores, aunado a la cultura de discriminación de este trabajo, serán mínimos los casos resueltos por el Director General de Trabajo, lo práctico de los patronos es solicitar otro trabajador.

La ley no hace alusión al número de horas de trabajo, el mismo se deduce a consecuencia de la pausa del medio día, que comprende el tiempo de almuerzo y de la noche, si ambas sumadas llegan solo a doce horas, resulta que las doce restantes que faltan hasta cubrir las veinticuatro horas de un día, son la jornada del trabajador doméstico.

El Licenciado Auerbach, haciendo la comparación con la Constitución Política de esa época, hablaba de si es o no constitucional el art. 80 del Código de Trabajo, y era del criterio que no había inconstitucionalidad en cuanto a que el régimen del referido artículo no se aplica en toda su extensión al trabajador doméstico y lo sintetiza en decir que este tipo de trabajador está sujeto a un régimen especial²³⁷. Pero se debe considerar que de lo legal a lo justo hay un vasto espacio.

También la doctrina alude a que la exclusión del trabajador doméstico a tener una jornada de ocho horas deviene por la tendencia internacional de la época, pues las leyes fueron creadas para proteger solamente al trabajador urbano y esencialmente de las industrias fabriles, donde en problema de las

²³⁷RODRÍGUEZ AUERBACH, J.A. óp. Cit. Pág. 197

jornadas de trabajo provocaba verdaderos estragos sociales.²³⁸ Si ésta es la justificante debería considerarse obligatoriamente una reforma.

LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.

El ordinal 6º del artículo 38 de la Constitución de la República establece lo siguiente: “La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas y la semana laboral de cuarenta y cuatro horas.

El máximo de horas extraordinarias para cada clase de trabajo será determinado por la ley.

La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna y estará reglamentada por la ley. La limitación de la jornada no se aplicará en casos de fuerza mayor.

La ley determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando, atendiendo a causas biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija, y la de aquellas que deberán mediar entre dos jornadas.

Las horas extraordinarias y el trabajo nocturno serán remunerados con recargo.”

Al desarrollarse dicha norma en la ley secundaria se tiene que:

El inciso primero del artículo 169 del C.T. establece que 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; y el 170 C.T. dice que:

“El trabajo en horas extraordinarias sólo podrá pactarse en forma ocasional, cuando circunstancias imprevistas, especiales o necesarias así lo exijan.

²³⁸BERTOZZI, V. óp. Cit. Pág. 265

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en las empresas en que se trabaje las veinticuatro horas del día, podrá estipularse el trabajo de una hora extraordinaria en forma permanente, para ser prestado en la jornada nocturna.

También podrá pactarse el trabajo de una hora extra diaria, para el solo efecto de reponer las cuatro horas del sexto día laboral, con el objeto de que los trabajadores puedan descansar, en forma consecutiva, los días sábados y domingo de cada semana.

En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, para que el acuerdo sea válido, será necesaria la aprobación del Director General de Trabajo.”

Una definición de hora extraordinaria es la siguiente: son las horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo²³⁹.

Según la doctrina, la prolongación de la jornada de trabajo por la prestación de horas extraordinarias son excepciones admitidas por la ley sobre la jornada legal, esta condición de trabajo sólo es admitida cuando se ha dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias requeridas para su ejecución²⁴⁰.

En la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de marzo de 2006, que resolvió el Recurso de Casación Ref. 280-C-2005, refiriéndose a la necesidad de demostrar la prestación efectiva del servicio, se dijo: en relación al reclamo de horas extras laboradas y del pago de salarios correspondientes a días de asuetos comprendidos desde la fecha de ingreso hasta la fecha de despido, el actor no probó su derecho a tal reclamo; es decir, que se haya prestado en forma efectiva el servicio en las

²³⁹ALEMÁN PAEZ F. y otros, óp. Cit. Pág. 133

²⁴⁰Ibídem

fechas que señala, por lo que, respecto de estos reclamos deberá absolverse a la sociedad demandada. Es decir, que las horas extras son reclamables, aún sean en días de asueto siempre y cuando se compruebe la prestación del servicio.

En cuanto a **las horas extras para el trabajador doméstico** tenemos que el Capítulo III del Código de Trabajo, que es el referente al régimen especial del trabajo doméstico, no las regula; ya que el artículo 80 del referido Código es el que dispone que el trabajador doméstico no está sujeto a horario, por tanto podría creerse que las horas extras no pueden calcularse, sin embargo en el referido artículo se dispone que descansará doce horas, esto implica que las doce restantes serán su jornada, asimismo el patrono y el trabajador doméstico pueden pactar la hora en que el trabajador debe comenzar y terminar sus labores, entonces podríamos encontrar cabida a las horas extras en los casos siguientes: a) cuando el trabajador se exceda de las doce horas de su jornada ordinaria y b) cuando el patrono voluntariamente reduzca su número de horas de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

Dicho de otra manera, el trabajador doméstico que labore más de las doce horas que la ley estipula como la jornada ordinaria de trabajo, se le pueden reconocer las horas extras. En el segundo caso el patrono en virtud del derecho a la libertad contractual puede estipular que el trabajador sirva menos de las doce horas que establece la ley como jornada ordinaria, por lo que, de trabajar excediéndose las horas pactadas con el patrono, estas también se podrían reconocer como horas extras.

5.2.2 SALARIO

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: “según el artículo 119 del Código de Trabajo, el 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. Asimismo, prescribe que se considera parte integrante de él 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 sobresueldos y bonificaciones habituales; remuneración del trabajo extraordinario, remuneración del trabajo en días de descanso semanal o de asueto, participación de utilidades²⁴¹; así tenemos que el artículo 119 del Código de Trabajo reza de la siguiente forma:

“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.

Considérase 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 sobresueldos y bonificaciones habituales; remuneración del trabajo extraordinario, remuneración del trabajo en días de descanso semanal o de asueto, participación de utilidades.

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las bonificaciones y gratificaciones ocasionales y lo que recibe en dinero, no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que trata este Código”.

La Constitución de la República en el artículo 38 Ord. 4° establece que: “el salario debe pagarse en moneda de curso legal. El salario y las prestaciones sociales constituyen créditos privilegiados en relación con los demás créditos

²⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Marzo de 2007, del Proceso de Inconstitucionalidad con numero de referencia 26-2006 Art. 38 Ord. 1° Cn

que puedan existir contra el patrono”. Tal precepto se desarrolla en el artículo 120 del Código de Trabajo que refiere que el salario debe de ser pagado en moneda de curso legal, así mismo el artículo 121 del mismo Código establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de la preferencia y privilegio que otras leyes confieren a los créditos hipotecarios sobre inmuebles y a los de prenda agraria, ganadera o industrial aún vigentes, el salario y las prestaciones sociales constituyen créditos privilegiados en relación con los demás créditos que puedan existir contra el patrono y ocuparán el primer lugar, excluyendo, por consiguiente, a los demás, aunque estos últimos sean de carácter mercantil; afectarán todos los bienes del patrono o de su sustituto de acuerdo con lo que este Código dispone para el caso de sustitución patronal.

Los acreedores por razón de salarios o prestaciones sociales no estarán obligados a aguardar los resultados del concurso o quiebra, para proceder a ejercer sus acciones contra los bienes del concursado o quebrado; tampoco serán obligados en ningún caso por cualquier convenio celebrado por éste y los demás acreedores.

Las ejecuciones por razón de salarios o prestaciones sociales que haya pendientes contra el deudor, no se acumularán al juicio de concurso o quiebra ni figurarán en la venta de los bienes concursados las cosas que hayan sido embargadas para responder por el pago de dichos salarios o prestaciones”.

Aunado a lo anterior es necesario relacionar lo que la Sala de lo Constitucional ha establecido en su jurisprudencia respecto al tema en análisis, al declarar que **la protección del salario tiene su fundamento en la norma constitucional**: “el salario y las prestaciones sociales, en la cuantía que determine la ley, son inembargables y no se pueden compensar

ni retener, salvo por obligaciones alimenticias. También pueden retenerse por obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos. Son inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores. i) Con el fin de equilibrar los intereses del trabajador –satisfacer sus diversas necesidades- y de los acreedores de este –satisfacer los créditos que tienen en contra de aquel-, la constitución dispone que el salario y las prestaciones sociales son inembargables en la cuantía que determine la ley. De este modo, se protege al trabajador, declarando que una parte del salario y las prestaciones sociales es inembargable y también se protege al acreedor pues si una parte es inembargable, lógicamente, otra parte es embargable²⁴²; y es que como dice la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia **el salario constituye la única fuente de ingresos del trabajador, por eso se requiere de protección especial:** “el peticionario sostiene que se ha violado el derecho que tiene el trabajador para ser remunerado en legal forma. En ese sentido, es importante recordar, que el salario, es un derecho primario que tiene el trabajador, Art. 29 fracción 1° del C. de T., correlativo a su obligación principal, cual es la de desempeñar el trabajo convenido, Art. 31, número uno, C.T. – Además, el salario debe pagarse en la forma, lugar y tiempo establecido, derechos que también se han violado en este caso, Arts. 119, 127 y 128 C. de T.- De acuerdo con los tratadistas de derecho laboral, el salario tiene carácter alimenticio; constituye la única fuente de ingresos del trabajador, para atender las necesidades prioritarias de él y de su familia. Por esa causa, el legislador ha adoptado un conjunto de medidas destinadas a su protección, entre ellas las antes señaladas, las cuales evidentemente han sido infringidas por la parte patronal²⁴³.

²⁴²Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Marzo de 2007, en el proceso de Inconstitucionalidad con número de referencia I-26-2006 Arts. 38 Ord. 3° Cn 1438 Ord. 4°, 1525 y 2142 CC

²⁴³Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de Octubre de 2000 del proceso de Casación con número de referencia 338-2000 Art. 29 fracción 1°, 31, 119, 127 y 128 C. de T.

En relación al derecho a la libertad contractual, con base constitucional en el artículo 23 de la misma, el artículo 122 del Código de Trabajo establece que el salario se puede pactar libremente siendo la única limitante a dicha libertad el hecho que el salario pactado no puede ser inferior al mínimo; estos salarios pactados deben de cumplir con el **principio de igualdad de la remuneración** que se encuentra en el artículo 123 del mismo cuerpo normativo y que la jurisprudencia ha definido como: “entre otros principios que rigen al salario, cabe destacar el de la igualdad en la remuneración (Art. 38 Ord. 1° Cn), en virtud del cual por un trabajo de la misma naturaleza, el empleador o patrono está obligado a pagar el mismo salario. Dicho principio es trascendental, pues se fundamenta en la igualdad, que es uno de los valores constitucionales (art. 3)”²⁴⁴, siendo la consecuencia de la inobservancia de dicho principio la facultad de demandar al patrono para la nivelación de los salarios, según lo dispuesto por el artículo 124 del Código de Trabajo.

El Código de Trabajo en su artículo 125 regula dos situaciones especiales, la primera se tipifica de la siguiente forma: que en el contrato no se haya determinado el servicio que deba de prestar el trabajador al patrono, de ser así se pueden dar una de las dos reglas que a continuación se explica:

1. Que se destine al trabajador a un cargo en donde se remunere con mayor salario que el estipulado en el contrato, de ser así el trabajador devengará el salario correspondiente a dicho cargo; es decir el mayor salario
2. Que se destine al trabajador a un cargo en donde se remunere con menor salario que el estipulado en el contrato, el trabajador devengará

²⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 12 de Marzo de 2007 del proceso de inconstitucionalidad con numero de referencia 26-2006 Art. 38 Ord. 1° Cn.

el salario estipulado en el contrato y no el salario correspondiente a dicho cargo.

La segunda de las situaciones reguladas por el artículo 125 se da cuando en el contrato de trabajo se haya estipulado el trabajo que debe desempeñar el trabajador, y este fuese destinado a otro de la misma o distinta naturaleza; de darse esta segunda situación se aplicará una de las dos reglas supra mencionadas en lo que compete.

La forma de pagar el salario, de conformidad con el artículo 127 del Código de Trabajo, debe de ser forma oportuna, integral y personalmente.

Según el artículo 128 del Código de Trabajo, el lugar donde debe de pagarse el salario es en el lugar convenido o en el establecido por el Reglamento Interno de Trabajo, pero en caso de no haberse estipulado lugar de pago o que el Reglamento Interno de Trabajo no establezca dicho lugar, se pagará en el lugar acostumbrado o en donde el trabajador preste sus servicios.

Al hablar del salario, debemos de referirnos a las principales formas de estipulación de salarios, según el 126 del Código de Trabajo, son las siguientes:

- a) Por unidad de tiempo: donde no se considera especialmente el resultado del trabajo. Este se paga al vencimiento de dicha unidad, según el ordinal primero del artículo 130 C.T.
- b) Por unidad de obra: que toma en cuenta la cantidad y calidad de obra o trabajo realizado, pagándose éste por piezas producidas, medidas o conjuntos determinados. Se paga dentro de los dos días siguientes al de la entrega, según el ordinal segundo del artículo 130 C.T.
- c) Por sistema mixto: que relaciona ambas formas antes mencionadas.

- d) Por tarea: cuando el trabajador se obliga a realizar una determinada cantidad de obra o trabajo en una jornada de tiempo convenida.
- e) Por comisión: cuando el trabajador recibe un porcentaje o cantidad convenida por cada una de las operaciones realizadas.
- f) A destajo, por ajuste o precio alzado: cuando se pacta el salario en forma global teniendo en cuenta la obra que ha de realizarse pero sin considerar el tiempo que se emplee para ejecutarla y sin someter al trabajador a jornada u horario.

Respecto al Trabajador Doméstico: el trabajador doméstico, al igual que el trabajador común, goza de la protección legal del salario, art. 45 Cn.; sin embargo, la principal diferencia entre el trabajador común y el trabajador doméstico en lo referente al salario es que este último no goza del llamado **Salario Mínimo**; al menos materialmente, puesto que el Código de Trabajo regula en su artículo 144 que todo trabajador, hasta el trabajador a domicilio, tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra suficientemente las necesidades normales de su hogar. Es así que el salario mínimo tiene las siguientes características: “el salario mínimo tiene dos características: por un lado, es una garantía de ingreso mínimo –ningún contrato ni convenio colectivo puede pactar un salario inferior al mismo, pues se entiende que equivale a la remuneración indispensable para cubrir las necesidades humanas vitales-; y por otro, se extiende a todos los sectores profesionales, es decir que a ningún trabajador, independientemente del área en que se desempeñe (comercio, servicios, industria, etc.), puede excluirse de la aplicación de un salario mínimo”²⁴⁵.

Si bien la jurisprudencia de rango constitucional ha generalizado el derecho al salario mínimo como se ha supra mencionado, el **Trabajador Doméstico**

²⁴⁵Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 12 de Marzo del 2007 en el Proceso de Inconstitucionalidad con numero de referencia I-26-2006

no goza de un salario mínimo en la realidad²⁴⁶, y es que en el Diario Oficial número 85, Tomo 391, del 6 de Mayo de 2011²⁴⁷ sólo se publicaron los Decretos ejecutivos siguientes: el número 54, el cual regula las **Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores Agropecuarios**; el número 55 que establece la **Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores de Recolección de Cosechas de café, algodón y caña de azúcar**; el número 56 que contiene las **Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio y Servicios, Industria, Maquila Textil y Confección**; y el número 57, en donde se encuentran las **Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores de las Industrias Agrícolas de Temporada**.

Una de las razones por las que consideramos que al trabajador doméstico no se le ha regulado el Salario mínimo es por la interpretación que se le ha dado al artículo 78 del Código de Trabajo, el cual reza de la siguiente forma: “Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores del servicio doméstico comprende, además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación”; así pues, dicha disposición habla del Salario Convenido pero como se ha comentado supra, el salario se puede pactar libremente pero eso no es óbice para no regularle al trabajador doméstico el Salario Mínimo, pues hasta la propia Constitución en su artículo 38 ordinal segundo establece: “Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente. Para fijar este salario se atenderá sobre todo al costo de la vida, a la índole de la labor, a los diferentes sistemas de remuneración, a las distintas zonas de producción y a otros criterios similares.

Este salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural”. De lo antes

²⁴⁶http://www.mtps.gob.sv/images/phocadownload/Documentos/DiariosOficiales/tarifas_salarios_minimos.pdf.

Revisado el 6 de Diciembre de 2011

²⁴⁷Ibidem

dicho se observa que el constituyente, al igual que el legislador, no hizo distinción alguna respecto al trabajador doméstico por lo que nos debemos de remitir al principio del derecho que dice: **Cuando la ley no distingue, tampoco nos incumbe distinguir (Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere)**²⁴⁸ o también llamado **Donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir (Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)**²⁴⁹.

Es así que entre una de las diferencias más evidentes entre el Trabajador Doméstico y el Trabajador común se encuentra, como ya se ha dicho, en su falta de Salario Mínimo, situación que no puede seguir, puesto que, a manera de ejemplo, la Canasta Básica Alimentaria en Noviembre de 2009 llegó a los 260.70 dólares²⁵⁰, y no podemos olvidar que una de las grandes finalidades del Salario Mínimo es cubrir sus necesidades normales en el hogar, tomando en cuenta el costo de la vida, según lo establecido en el artículo 145 del Código de Trabajo; y según el mismo Código, en su artículo 146, el costo de la vida viene determinado por: gastos ordinarios de alimentación, vestuario, vivienda, educación y protección de la salud de una familia trabajadora promedio, ya sea ésta urbana o rural.

5.2.3 DESCANSO SEMANAL

El Descanso Semanal tiene su base constitucional en el artículo 38 ordinal séptimo en relación con el artículo 45 del antedicho cuerpo normativo, así pues al analizar la diferencia entre lo que es jornada de trabajo y descanso, tenemos que si bien es cierto ambos institutos persiguen dar resguardo a la integridad psicofísica del trabajador, la jornada apunta a la regulación del tiempo que una persona destina a su trabajo, el descanso se dirige a

²⁴⁸CISNEROS FARÍAS, G. “500 Aforismos Jurídicos Vigentes”, Investigación de Campo, Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza Nuevo León, Junio, 2002, pág. 68

²⁴⁹Ibid. Pág. 71

²⁵⁰<http://www.diariocolatino.com/es/20110120/opiniones/88640/> Revisado el 6 de Diciembre de 2011

proteger el tiempo libre de quienes trabajan en relación de dependencia; es así como la finalidad de cada institución es diferente.²⁵¹

La importancia de su regulación se encuentra en los siguientes fundamentos:

- a) Es un imperativo fisiológico para el cuerpo y espíritu interrumpir las actividades para reponer las energías que consume el trabajo, sin las cuales sobrevendría un verdadero aniquilamiento del organismo.
- b) Es una necesidad social el proporcionar al trabajador las oportunidades y los medios para que pueda dedicar algunas horas a adquirir cierta cultura.
- c) Sirve para robustecer los lazos familiares, ya que integra al trabajador a su hogar y le permite dedicar la atención necesaria a los suyos.
- d) En lo religioso, el descanso semanal, que coincide en los países cristianos con el domingo, facilita los deberes en los cultos y celebraciones respectivas.

Es necesario que el descanso sea regulado por el Estado, ya que dicha protección contribuye al desarrollo y conservación de la personalidad del individuo, trascendiendo a su familia, también a su alrededor con las actividades de relación, actividades que concluyen en dar un desenvolvimiento económico de la sociedad.

Se dice que los orígenes del descanso semanal surgen en el Génesis, es decir, en los textos bíblicos en los que se establece que Dios descansó el séptimo día, después de haber concretado su creación, establecido como día de descanso por Dios mismo y primeramente para él; se dice que el descanso sabático subsistió entre los hebreos y primeros cristianos, las encíclicas papales se ocuparon de bombardear en gran medida el tema,

²⁵¹BERTOZZI, V. óp. Cit. Pág. 280

aunado a la gran influencia que tuvo en la Edad Media pues fue en este tiempo que se originó la iniciativa de su instauración, a fin de permitir el cumplimiento de los débitos religiosos. El descanso judaico se dispuso el sábado y el de los cristianos el domingo, así como los mahometanos toman el viernes en la ley turca de 1925 y del Irán de 1940; sin exactitud se cree que el primer precepto del Poder civil que reconoce el descanso dominical corresponde al emperador Constantino en el año 321, es así como en América precolombina las Leyes Indias por la Real Cédula de 1,606 dispusieron que los indios no trabajaran los domingos ni las fiestas de guardar²⁵².

A nivel Constitucional el artículo 38 ordinal séptimo regula que: “Todo trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado por cada semana laboral, en la forma que exija la ley. Los trabajadores que no gocen de descanso en los días indicados anteriormente, tendrán derecho a una remuneración extraordinaria por los servicios que presten en esos días y a un descanso compensatorio”

Antes de profundizar en el descanso semanal, es importante referirse a una peculiaridad del trabajador doméstico, que es la siguiente:

En cuanto al artículo 80 del Código de Trabajo, se establece que el trabajador del servicio doméstico no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de doce horas diarias, de las cuales diez serán nocturnas y continuas, y las otras dos deberán destinarse para las comidas, y además de un día de descanso remunerado cada semana acumulables hasta el número de tres días. Se entiende que los trabajadores contratados a base de sueldo mensual, tienen incorporado en éste, el pago correspondiente a los días de descanso.

²⁵²CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 688-689

Según la doctrina existe un descanso mínimo de doce horas que se regula para los trabajadores, como el lapso que debe mediar entre una jornada y otra, tal interrupción se produce por regla general en la noche es por ello que se habla entonces de un descanso nocturno que tiene entre otros los siguientes fundamentos²⁵³:

La pausa de una y otra fecha no solo se funda en exigencias laborales, sino que forma parte del respeto general que el trabajador merece como integrante de la comunidad.

El descanso nocturno se funda ya no porque la noche está hecha para dormir, sino en razón de que el trabajador se encuentra durante ésta en mejores condiciones para descansar, recobrar las energías y reponerse del desgaste producido por su trabajo. Durante la noche la tranquilidad es mayor y la actividad general declina hasta hacerse prácticamente nula²⁵⁴. El trabajador doméstico, conforme el art.80 C.T., goza de un descanso mínimo de doce horas diarias y se reduce a diez las horas nocturnas; Cabanellas dice: que en teoría corresponde a doce horas su jornada, pero que en realidad ésta no es de prestación efectiva, por las intermitencias que se dan dentro de la misma y además que en la pausa diurna deben incluirse el tiempo preciso para el almuerzo²⁵⁵. Y nada dice el autor de los fundamentos que señala anteriormente en el descanso nocturno al referirse al caso de los trabajadores domésticos.

El artículo antes mencionado dice que se debe distribuir el tiempo para las comidas, en dos horas que por lógica el trabajador tomará en el día, pero a nuestro juicio en realidad son dos horas que se le quitan a las doce que le corresponderían de descanso nocturno.

²⁵³Ibíd. Pág. 687

²⁵⁴Ibidem

²⁵⁵Ibíd. pág. 1145

Al traer a cuenta **el descanso semanal para el trabajador doméstico**, tenemos que: tal como se regula para el trabajador común, en lo referente a la retribución en día de descanso, a la regla que fija un día de descanso por semana sigue que debe ser abonado el mismo por el patrono. Aún cuando debe estarse a lo resuelto en la legislación positiva de cada país, como principio se estatuye que un trabajador fijo, debe tener el derecho como empleado u obrero a percibir el salario correspondiente a los días de descanso, pues dicho descanso no es pensado como beneficio exclusivo del empleado sino también, es beneficio para la empresa o patrono porque se procura la conservación física y psicológica del individuo, mejor empleo de energías y mayor capacidad productora.

En general se establece que el derecho al día de descanso semanal remunerado, corresponde al trabajador que ha servido los seis días consecutivos en la semana y que ha cumplido su jornada normal de trabajo. Y que los trabajadores que sean contratados (como se retoma en nuestro Código) sobre la base de un sueldo mensual se entienden incorporado en este sueldo el pago que corresponde al día de descanso.²⁵⁶

5.2.4 ASUETOS

Significa: “Vacación corta, de un día o una tarde”²⁵⁷, se encuentra regulado en nuestra normativa primaria en el artículo 38 ordinal 8° Cn., que dice: “Los trabajadores tendrán derecho a descanso remunerado en los días de asueto que señala la ley; ésta determinará la clase de labores en que no regirá esta disposición, pero en tales casos, los trabajadores tendrán derecho a remuneración extraordinaria”, al igual que el caso anterior se debe de hacer mención al artículo 45 de la Constitución el cual extiende este derecho al trabajador doméstico y al agrícola.

²⁵⁶Ibid. Pág. 692

²⁵⁷<http://www.wordreference.com/definicion/asueto> Revisado el 6 de Diciembre de 2011

Es importante aclarar que lo que diferencia el Asueto de la Vacación es que los días de asueto están determinados por la ley, para el caso el artículo 190 C.T. enumera los siguientes:

- a) Primero de enero
- b) Jueves, viernes y sábado de la semana santa
- c) Primero de mayo
- d) Seis de agosto
- e) Quince de septiembre
- f) Dos de noviembre
- g) Veinticinco de diciembre
- h) En la ciudad de San Salvador los días tres y cinco de Agosto
- i) En el interior de la república, el día más importante del lugar según la costumbre.

De conformidad al Artículo 191 inc. 1º C.T., el día de asueto se remunera con el equivalente al salario básico por día, calculado de acuerdo con las regla establecidas en la letra “a” del artículo 142 C.T.; y si se ha estipulado el pago por otro plazo que no sea por día, la ley presume que en su monto está incluida la remuneración del día de asueto, según el inciso segundo del artículo en comento.

Puede suceder que los trabajadores laboren en los días de asueto por dos razones: o bien lo hacen de común acuerdo con el patrono, según el artículo 192, o bien presten servicios públicos o esenciales a la comunidad, razón por la que estarían obligados a permanecer en los puestos de trabajo aquéllos que designe el patrono o laboren en aquellas empresas o establecimientos regulados en el artículo 193 del Código de Trabajo; en estos casos el trabajador tendrá derecho a devengar un salario extraordinario equivalente al salario ordinario más un recargo del 100%. La jurisprudencia ha establecido,

sin embargo, que existe la **necesidad de demostrar la prestación efectiva del servicio**: “en relación al reclamo de horas extras laboradas y del pago de salarios correspondientes a días de asuetos comprendidos desde la fecha de ingreso hasta la fecha de despido, el actor no probó su derecho a tal reclamo; es decir, que se haya prestado en forma efectiva el servicio en las fechas que señala, por lo que, respecto de estos reclamos deberá absolverse a la sociedad demandada”²⁵⁸.

Por otro lado, el artículo 194 establece que de coincidir un día de asueto con un día de descanso semanal, el trabajador tiene derecho sólo a su salario básico diario; pero de trabajar en dicho día, tendrá derecho al salario extraordinario supra mencionado más un día de Descanso Compensatorio Remunerado.

No tienen derecho al asueto, de conformidad al artículo 195, las siguientes personas:

- a. El trabajador a domicilio
- b. Aquellos trabajadores cuyos salarios sean por comisión o a destajo.

Respecto al trabajador doméstico tenemos una particularidad referente al Asueto, ya que según el artículo 81 C.T., este tipo de trabajador está obligado a trabajar para el patrono los días de asueto si éste se lo ordena, dicho artículo no enumera ninguna razón más que la mera liberalidad del patrono. Es así que **mientras el trabajador común tiene derecho al asueto y representa una obligación respetarlo para el patrono, toda vez que no entre en las excepciones enumeradas por el artículo 193 del Código de Trabajo, el trabajador doméstico está obligado a laborar en los días de asueto por el simple hecho de que se lo ordene su patrono.** Al respecto,

²⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de Marzo de 2006, en el proceso de Casación con numero de referencia 280-C-2005

el artículo supra mencionado establece que en tales casos el trabajador doméstico tiene un recargo del 100% en su salario diario.

5.2.5 AGUINALDO

Según la doctrina mexicana, el aguinaldo es una forma de remuneración complementaria que se computa en proporción a las ganancias del empleador²⁵⁹, es una remuneración complementaria porque: “naturalmente, como el trabajador necesita percibir periódicamente el salario para hacer frente a los gastos de su subsistencia, aquella se la percibe además del sueldo o salario convenido”²⁶⁰, es así que el Aguinaldo como forma de participación en las utilidades: “tiene como finalidad estimular el rendimiento del trabajador con la perspectiva de obtener una mayor remuneración suplementaria, en la medida de la prosperidad de la empresa”²⁶¹; precisando aún más el concepto de Aguinaldo se puede afirmar que: “es un sueldo complementario desde el punto de vista de la periodicidad, cuyo pago se establece en proporción (doceava parte) al importe total de las remuneraciones ganadas por el trabajador al servicio de un determinado empleador durante un año calendario”²⁶².

Respecto a nuestro país, podemos afirmar que este derecho tiene su base constitucional en el artículo 38 Ord. 5° que dice: “los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo. La ley establecerá la forma en que se determinara su cuantía en relación con los salarios”

Nuestro Código de Trabajo estipula, en su artículo 196, que: “todo patrono está obligado a dar a sus trabajadores, en concepto de aguinaldo, una prima por cada año de trabajo”, añadiendo el artículo 197 inciso primero que: “los

²⁵⁹PÉREZ, B. óp. Cit. pág. 154

²⁶⁰Ibídem

²⁶¹Ibídem

²⁶²Ibíd. pág. 158

patronos estarán obligados al pago completo de la prima en concepto de aguinaldo, cuando el trabajador tuviere un año o más de estar a su servicio”.

El artículo 198 del Código de Trabajo establece las cantidades mínimas a pagar en concepto de Aguinaldo, las cuales son:

- a) Quien tuviese un año o más pero menos de tres años de servicio, se le deberá pagar un aguinaldo equivalente al salario de diez días
- b) Quien tuviese tres años o más pero menos de diez años de servicio, se le deberá pagar un aguinaldo equivalente al salario de quince días
- c) Quien tuviese diez años o más de servicio se le pagará un aguinaldo equivalente al salario de 18 días.
- d) Sin embargo, el artículo 197 inciso segundo del Código de Trabajo establece que el trabajador que al día doce de diciembre tuviese menos de un año de servicio, se le pagará la parte proporcional al tiempo laborado de la cantidad que le habría correspondido si hubiese completado un año de servicio; es decir, la primera de las reglas del artículo 198.

El aguinaldo se calcula, según el artículo 199 del Código de Trabajo, de la siguiente forma:

- a) Si se ha estipulado por unidad de tiempo, el salario básico que devengue a la fecha en que se debe de pagar el aguinaldo
- b) Si se ha estipulado el salario de otra forma de las reguladas en el artículo 126 y que no sea por unidad de tiempo, el aguinaldo se calculará dividiendo los salarios ordinarios que el trabajador haya devengado durante los seis meses anteriores a la fecha en que se debe de pagar el aguinaldo entre el número de días laborales comprendidos en dicho período.

Esta remuneración extra por parte del patrono ha sido sujeta a determinación jurisprudencial, así la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: **El derecho de aguinaldo es autónomo**, “el derecho de vacaciones completas, así como el de aguinaldo completo, son derechos autónomos que no pueden entenderse coligados o unidos al derecho de la indemnización, pues las causas que los generan son diferentes, requiriéndose para cada caso, prueba sobre un extremo determinado, por ejemplo, para el derecho a la indemnización, que se establezca el despido; pero tratándose de prestaciones independientes, el accionar por parte del peticionario, puede verificarse de manera separada, sin que éste produzca el efecto de cosa juzgada en alguna otra prestación, por lo que su tramitación es independiente”²⁶³. Lo anteriormente señalado por la Sala de lo Civil tiene relación con lo estipulado en el artículo 202 del Código de Trabajo, el cual da derecho al trabajador que fuese despedido de hecho antes del 12 de diciembre para que se le pague el aguinaldo de los días proporcionales al tiempo trabajado; la **pérdida del aguinaldo completo**: “el art. 201 C.T., que literalmente reza: “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, al once de diciembre del año en que habría de pagarse la prima, haya tenido en cada uno de dichos meses más de dos faltas de asistencia injustificadas al trabajo, aunque estas fueren de medio día”. Aquí puede observarse que, no obstante cometerse una causal de terminación de contrato sin responsabilidad patronal, la sanción que se impone es la de no pagar el aguinaldo, presumiéndose que el trabajador sigue prestando el servicio para el patrono”²⁶⁴. **Quien solicita pago de aguinaldo completo debe comprobar la continuidad de las**

²⁶³ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de Octubre de 2003, del proceso de Casación con número de referencia 114 U.S. Art. 202 C.T.

²⁶⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de Septiembre de 2002, del proceso de Casación con número de referencia 348 Ca. 2° Lab

labores: “en cuanto al pago de los aguinaldos completos del período que se reclama, se aplica exactamente la misma regla de las vacaciones, es decir, que la parte demandante estaba en la obligación de establecer dentro del proceso, que su representada había prestado servicios de forma ininterrumpida, desde el día doce de diciembre de mil novecientos setenta y nueve hasta el once de diciembre de mil novecientos ochenta; y así sucesivamente, hasta completar el último período de aguinaldo que se reclama, sin haberse ausentado en dos meses, sean o no consecutivos, más de dos días en cada uno de los meses a los que se hace referencia, dentro del período señalado; lo anterior de conformidad a lo establecido en los Arts. 200 y 201 del C. de Tr., tampoco se comprobaron los requisitos necesarios para tener por establecido el extremo de los aguinaldos completos, siendo procedente declarar que no ha lugar a casar la sentencia recurrida”²⁶⁵. Al mismo tiempo se aclara que el aguinaldo se paga en el lapso del 12 al veinte de diciembre, según lo dispuesto por el artículo 201 del Código de Trabajo.

En relación al trabajador doméstico:

Consideramos que dicho trabajador tiene derecho al aguinaldo pues la disposición constitucional respectiva, el artículo 45 específicamente, estipula que tanto los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a la protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y en general a las prestaciones sociales, es por lo anteriormente dicho que reafirmamos que el trabajador doméstico tiene derecho al Aguinaldo, asimismo no se puede dejar de lado al artículo 118 del Código de Trabajo, el cual dice textualmente: “En lo que no estuviere especialmente previsto en este Título, se aplicará lo que para el caso dispongan las normas y principios generales de este

²⁶⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 19 de Marzo de 2002, en el proceso de Casación con número de referencia 412 Ca. 2° Lab. Arts. 200 y 201 C.T.

Código”; es decir que lo que no esté regulado por las disposiciones legales que regulan los contratos sujetos a regímenes especiales de trabajo, verbigracia el trabajador doméstico y el trabajador agrícola, se regirá por las normas generales, es decir, aquellos que regulan las prestaciones laborales como la que está en comento. Siguiendo con la idea anterior se recalca que el Capítulo VII del título tercero del libro primero del Código de Trabajo no hace ninguna diferencia entre los trabajadores y de hecho se aplica genéricamente al decir que todos los trabajadores tienen dicho derecho. Agregamos a lo antes dicho el hecho que la disposición que regula al Aguinaldo no hace ninguna diferencia entre trabajador común y trabajador doméstico. Haciendo un análisis práctico se podría alegar que dicho trabajador tendría la dificultad de probar la duración de su trabajo, es decir, desde cuando labora para su patrono, situación que se vería solventada si se le proporcionase la constancia que habla el artículo 76 del Código de Trabajo, el cual reza: “El contrato de trabajo para servicio doméstico puede celebrarse verbalmente. Si así fuere, el patrono estará obligado a extender, cada treinta días, a petición del trabajador, una constancia escrita en papel común y firmada por aquél, en la cual se exprese: el nombre y apellido de ambos, el tiempo de servicio, el salario percibido en el último mes y el lugar y fecha de expedición del documento”.

5.2.6 ESTABILIDAD LABORAL

La estabilidad es “un derecho que se incorpora al patrimonio económico del trabajador, y revela la preocupación del Estado por el mantenimiento del contrato de trabajo; siempre que el trabajador no haya dado causa para la respectiva denuncia o cuando una causa prevista por la ley no determine la transformación de la garantía en beneficio”²⁶⁶ Según la doctrina se plantea

²⁶⁶CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 892

como la dualidad en la permanencia en el desempeño de las tareas: la estabilidad relativa o durabilidad: mínima garantía para el trabajador, indemnizable cuando se le despida sin justa causa; así como la absoluta o perdurabilidad, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justificada causa.

Para explicar la estabilidad absoluta, Cabanellas es de la posición siguiente: la estabilidad en el empleo tiene su expresión más definida en el reconocimiento de la propiedad del empleo, como medio por el cual el trabajador queda definitivamente incorporado a la empresa; y cita las palabras de RIPERT en cuanto a que, la tendencia de la economía capitalista consiste en transformar los derechos en propiedades, de ahí que, al incorporarse el trabajador a la empresa se produzca como consecuencia, de dar a este la propiedad de su empleo; de tal manera que no pueda ser sin justa causa separado del mismo.²⁶⁷

En cuanto a su origen se dice que los principios que emanan del Derecho Administrativo se intercalan en el Derecho del Trabajo, puesto que fue en distintos países europeos que se implantó la estabilidad absoluta para el sector administrativo, logrando así un régimen de respeto para los puestos públicos²⁶⁸.

Dando un respaldo jurídico al contrato de trabajo, la estabilidad procura en el trabajador esa sensación de seguridad, que al estar sujetos a un salario tengan la sensación de estar defendidos, para así lograr considerarse económicamente libres; esto como parte de su fundamento. A nuestro criterio, la estabilidad es como una garantía que el trabajador posee ante las irregularidades o contingencias que pueden suceder en el transcurso de su

²⁶⁷Ibíd. Pág. 898

²⁶⁸Ibíd. Pág. 895

desempeño laboral, garantiza que sí se cumplirá por parte del patrono el contrato de trabajo, bajo la condición de que el trabajador cumpla la otra parte pactada, no dejando a la libre voluntad del patrono la decisión del despido.

Por sus grados o etapas de consolidación para la estabilidad, entre otras se distinguen las siguientes etapas:

- a) Período de prueba: se caracteriza éste por no haber formalizado vínculo alguno estable entre las partes.
- b) Período de inestabilidad: esa por razón de la naturaleza de la prestación de servicio, que se da exclusivamente en los trabajadores eventuales, transitorios, o adventicios.
- c) Período de estabilidad: el trabajador aparece ya incorporado en la empresa dentro de la actividad permanente de ésta.

Contrario a los demás trabajadores, para el trabajador doméstico no es por estipulación de partes que se pacta el período de prueba, sino que el artículo 82 C.T., establece que los primeros treinta días se consideran de prueba, por lo tanto dentro de ese término, cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato sin responsabilidad.

También son importantes las diferencias que se han logrado en la doctrina por las confusiones de términos, entre las que se mencionan las siguientes: la diferencia entre permanencia y estabilidad es que la primera alude a una situación de hecho: expectativa o posibilidad de conservar el puesto, mientras que la segunda es el derecho que lo garantiza.²⁶⁹ La continuidad es la prestación de servicios de tracto sucesivo, mientras que

²⁶⁹BERTOZZI, V. óp. Cit. Pág. 280

la permanecía es la personal vinculación del trabajador a la empresa por tiempo indefinido, aunque el trabajo no sea siempre continuo.

Es decir que continuidad y permanecía son presupuestos necesarios para que se dé la estabilidad: así también que continuidad y plazo en el contrato de trabajo son conceptos que se oponen, puesto que, contrario a la continuidad y estabilidad, que se entiende fijada en el interés del trabajador para protegerlo teniendo este plena libertad de dejar su trabajo cuando tenga interés de hacerlo; en el contrato a plazo determinado hay un término que se debe respetar, también la obligación por ambas partes de mantenerse en la prestación de servicios hasta que no termine el mismo, así surge de la propia voluntad de las partes fijar un plazo para su determinación o cumplimiento de forma directa, y es en forma directa en los casos de los contratos de obra determinada o para cumplir ciertos servicios eventuales. Es así como al tratar la estabilidad intermitente, se habla del trabajo por temporada y trabajo eventual, en el primero existe la seguridad que por un lapso de tiempo ya determinado se produce la ocupación del trabajador; en el segundo, por el contrario, la ocupación es accidental y breve; por tanto, si al trabajador al iniciar la temporada se le niega trabajo es considerado en situación de despido; en cambio, el que es contratado para una tarea ocasional o eventual y cesa una vez concluida la obra determinada no tiene derecho a percibir indemnización.

Retomando lo que dice Cabanellas, en cuanto que: La estabilidad relativa mantiene la facultad patronal para despedir siempre, pero con forzosa indemnización cuando sea sin justa causa y la estabilidad absoluta aquella que surte el efecto esencial de poder quedar el trabajador sin empleo más que probando una justa causa que extinga el nexo laboral²⁷⁰.

²⁷⁰ CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 752

En nuestra legislación prevalece por regla general la estabilidad relativa, ya que el artículo 38 Ord. 11º de la Constitución de la República establece que:

“El patrono que despidiera a un trabajador sin causa justificada está obligado a indemnizarlo con forma a la ley”; nuestro Código de Trabajo, al referirse a este punto en su artículo 55 inc. 1º establece que “El contrato de trabajo termina por despido de hecho, salvo los casos que resulten exceptuados por este Código.” En base a este artículo tiene efecto jurídico la estabilidad relativa, ya que el trabajador puede ser despedido por la unilateral voluntad del patrono, lo que da lugar a que el contrato se extinga; y si este despido es injustificado procede la respectiva indemnización. Art. 58 y 59 C.T.

Encontramos en el inciso tercero del mismo artículo, la presunción legal de que todo despido de hecho es sin justa causa, por tanto admite prueba en contrario, es decir, que puede darse el despido de hecho con causa justificada, que una vez comprobada no daría lugar a la indemnización, el inciso último del referido artículo establece además que únicamente son causas justificativas de despido las determinadas por la ley. Art. 50 C.T.

La estabilidad absoluta la tenemos en el inc. 1º del artículo 55 C.T que menciona que el contrato de trabajo puede terminar por despido de hecho, salvo los casos exceptuados por el Código, hablamos entonces de la excepción a la regla, en estos casos se considera la estabilidad absoluta ya que no se puede despedir al trabajador, y si hubiere despido, este no surtirá efecto según los términos específicos estipulados en el Código para cada caso. Estos son los siguientes:

- El trabajador con suspensión del contrato que se hallare por razón de ley gozando de prestaciones, ejemplo de estas prestaciones son las vacaciones o alguna incapacidad. Art. 57 C.T.

- El art. 113 C.T. establece que uno de esos casos es el de la mujer desde que comienza su estado de gravidez, hasta que haya concluido el descanso post-natal, este caso tiene su base constitucional en el artículo 42 de la Constitución de la República.
- Principalmente tienen fuero sindical los directivos sindicales, esto se respalda constitucionalmente en el artículo 47 inc. 6º Cn. pero además también son protegidos con esta garantía con variables en las condiciones de la misma, los promotores de la constitución de un sindicato, así como los miembros del sindicato en candidatura para un puesto directivo. Art. 248 C.T.
- Los trabajadores en huelga a partir de la notificación del acuerdo de huelga. Art.537 C.T.

En cuanto a las causas que justifican el despido del trabajador doméstico, se aplican las mismas reguladas para el trabajador común, es decir las mencionadas en el artículo 50 C.T., pero además de las establecidas en el artículo antes mencionado, las causales especiales enumeradas en el artículo 83 C.T., añadiendo que son sin responsabilidad para el patrono. Estas son:

- 1ª- Adolecer el trabajador de enfermedades infectocontagiosas, a menos que las 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 moral del hogar;
- 3ª- 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.

Todos los numerales se relacionan con lo que se establece en la doctrina como característica del contrato del servicio doméstico, hablamos entonces de la convivencia, puesto que, el trabajador doméstico entra a una esfera tan íntima de la familia, por tanto notamos que tales causales denotan que lo que se busca es el resguardo de la familia y el hogar, por tanto debe guardar lealtad y respeto a su patrono, su familia y convivientes de la casa, respetar así mismo a las personas que concurren a la misma; también cuidar las cosas confiadas a su vigilancia y diligencia, guardar reserva de los asuntos de los que tuviera conocimiento en la casa, es decir, conservar la inviolabilidad del secreto familiar.

5.2.7 INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DE HECHO.

El contrato de trabajo, según nuestro Código de Trabajo, termina: por renuncia, por mutuo consentimiento de las partes y por despido de hecho; los dos primeros son regulados por el artículo 54 del antedicho cuerpo normativo; mientras que el último, por la sección SEXTA del Capítulo VII del Título Primero del Libro primero del Código.

La indemnización por despido sin causa justificada tiene su base constitucional en el ordinal 11 del artículo 38 de nuestra Constitución.

El despido puede ser definido como: “acto mediante el cual el patrón hace saber al trabajador que prescinde de sus servicios”²⁷¹, también se dice que el despido es: “ruptura del contrato individual laboral que hace unilateralmente el patrón con o sin causa justificada”²⁷², así otros autores dicen que: “el despido esta caracterizado por ser un acto unilateral, constitutivo, por el que el empresario produce la extinción de la relación jurídica laboral. Así se ha dicho que se trata de un acto jurídico fundado en la autonomía negocial

²⁷¹<http://aczelic.com/laboral/despido/despido.htm> Revisado el 5 de Febrero de 2012

²⁷²Ibidem

privada, que produce la extinción del contrato por decisión del empresario”²⁷³.

Así, el artículo 55 del Código de Trabajo regula al despido de hecho como forma de terminar el contrato de trabajo, estableciendo en su inciso tercero que el despido se presume legalmente sin causa justificada, es decir que es el patrono quien tiene la carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción legal, asimismo el inciso en comento dispone que se presume la existencia del despido cuando al trabajador no le fuere permitido el ingreso al centro de trabajo dentro del horario correspondiente; otra vez nos encontramos con una presunción legal a favor del trabajador y que le corresponde al patrono desvirtuarla.

El despido tiene que ser comunicado al trabajador por parte del patrono o por sus representantes patronales para producir efecto; según el inciso segundo del artículo 55 del Código de Trabajo, el despido comunicado por persona distinta del patrono o de sus representantes patronales no produce ningún efecto, excepto que dicha comunicación sea por escrito y firmada por el patrono o sus representantes.

Cabe aclarar antes de analizar la indemnización por despido de hecho sin causa justificada, que no todo despido es injustificado; así el inciso final del artículo 55 del Código de Trabajo establece que son causas justificativas de despido únicamente las determinadas por la ley, es decir las justificantes tienen una situación de *numerus clausus*. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil al respecto ha establecido que las causales de despido **Facultan al patrono para proceder a la terminación de contrato sin incurrir en responsabilidad**: “la ley franquea la posibilidad de que el patrono ante ciertos eventos producto del comportamiento del trabajador, tenga la

²⁷³ARDON ACOSTA, V. M., “**Despido por Causas Objetivas y Disciplinarias**”, primera edición, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1999, pág. 201

alternativa legal de dar por terminado el contrato de trabajo que los vincula y de no reconocerle al trabajador su indemnización por el tiempo de servicios; pero la aplicación de dichas causales de justificación, quedan a criterio prudencial del empleador, no es imperativo que en todos los casos en que se haya verificado la causa deba irreversiblemente sancionarse de esta forma al trabajador”²⁷⁴, estas **causales justificativas del despido deben ser alegadas dentro del término de la prescripción de las acciones que el patrono tiene contra el trabajador**: “ninguna de las causales contempladas en el art. 50 del Código de Trabajo, pueden ser planteadas sino es dentro del plazo que la ley le concede a la parte interesada, para invocarla como acción en contra del trabajador; lo anterior es respaldado por la doctrina del derecho, siempre que se trata de causales que puedan ser el fundamento de las acciones pertinentes, pues resultaría desventajoso y pondría en riesgo la seguridad jurídica de cualquier trabajador, el hecho de que el patrono pueda excepcionarse en cualquier momento probando faltas cometidas por aquel, ocurridas mucho tiempo atrás, es decir, transcurrido el tiempo de la prescripción”²⁷⁵.

Las causales justificativas de despido son aquellas que se encuentran reguladas en el artículo 50 del Código de Trabajo, bajo el título “Causales de Terminación sin Responsabilidad para el Patrono”.

La regulación específica de la **Indemnización por Despido de Hecho** se encuentra en el Capítulo VIII del Título Primero, del Libro Primero del Código de Trabajo, específicamente del artículo 58 al 60 del referido cuerpo de ley.

El artículo 58 del Código de Trabajo estipula que procederá la indemnización por despido sin causa justificada cuando un trabajador esté contratado por

²⁷⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de Septiembre de 2002, por el Recurso de Casación con numero de referencia 348 Ca 2° Lab. Art. 55 C.T.

²⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de Abril de 2002, por el Recurso de Casación con numero de referencia 405 Ca. 2° Lab. Arts. 50 y 610 C.T.

tiempo indefinido y fuere despedido de sus labores sin causa justificada, es decir, si no se encuentra regulada en las causales justificantes supra mencionadas. Aclaremos en este punto, que el artículo en comento protege al trabajador contratado por tiempo indefinido.

La Indemnización por Despido de Hecho, según el artículo 58 del Código de Trabajo, equivale al salario básico de 30 días por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año, esta indemnización según la misma base legal no puede ser menor al salario básico de 15 días. Es decir, que por cada año de servicio el trabajador tiene derecho a recibir como indemnización lo equivalente a un mes de salario.

En este punto debemos traer a colación el inciso segundo del referido artículo, el cual establece que para hacer el cálculo de la indemnización, ningún salario podrá ser superior a cuatro veces el salario mínimo legal vigente, es decir que un salario que exceda del máximo precitado deberá, por disposición legal, para percibir su indemnización, limitarse a dicha cuantía.

El trabajador a plazo está protegido por el artículo 59 del Código de Trabajo cuando éste sea despedido sin causa justificada antes de cumplir su plazo, es decir, antes de que venza el contrato. Recordemos que no hay responsabilidad para el patrono cuando se cumple el plazo. Art. 48 fracción 1ª del Código de Trabajo. El artículo 59 del Código de Trabajo establece que la indemnización por despido de hecho del trabajador contratado a plazo, equivale al Salario Básico que hubiese devengado en el tiempo que faltare para que venza el plazo, es decir, la indemnización es el equivalente al salario que hubiese devengado por el tiempo no trabajado por el despido de hecho. Pero en ningún caso esta indemnización superará la que le hubiera correspondido al trabajador si hubiese sido contratado por tiempo indefinido;

en otras palabras, la indemnización no puede ser superior a la indemnización equivalente al salario básico de 30 días por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año, y en ningún caso esa indemnización podrá ser inferior el equivalente a 15 días de salario.

El artículo 60 del Código de Trabajo regula la obligación para el empleador de extender una **Constancia de Despido**, la cual deberá expresar únicamente, la fecha de iniciación y terminación de las labores, la clase de trabajo desempeñado y el salario devengado durante el último período de pago; pero si el trabajador lo desea, esta constancia también deberá expresar la eficiencia y comportamiento del trabajador así como la causa o causas de la terminación del contrato.

El **Despido de Hecho** da también al trabajador el derecho a percibir una remuneración de los días que, de manera proporcional al tiempo trabajado, le correspondan en concepto de vacaciones, de conformidad al artículo 187 del Código de Trabajo. Este despido da también derecho a percibir un Aguinaldo proporcional por el tiempo trabajado, de conformidad al artículo 202 del Código de Trabajo, toda vez que fuese despedido el trabajador antes del doce de diciembre.

Respecto al trabajador doméstico, debemos afirmar que **éste también goza del derecho a Indemnización por Despido de Hecho**, gracias a lo estipulado por la Constitución en el ordinal 11° del artículo 38, en armonía con el artículo 45 del mismo cuerpo normativo, el cual extiende los derechos laborales al trabajador doméstico y agrícola. Por lo que afirmamos que no existe diferencia respecto a este derecho entre el Trabajador Común y el Trabajador Doméstico, salvo que se le despida en el mes de prueba, según el artículo 82 del Código de Trabajo. Es oportuno aclarar que si bien no existe diferencia en gozar o no de la indemnización por despido de hecho, sí

existe diferencia en las causales justificativas del despido; así el trabajador doméstico si bien está sujeto a las Causales justificativas de despido comunes, el Código de Trabajo agrega las estipuladas en el artículo 83 del Código de Trabajo, el cual enumera:

1. Adolecer el trabajador de enfermedades infectocontagiosas, a menos que las hubiere adquirido en el lugar donde presta sus servicios, en cuyo caso procederá la suspensión del contrato.
2. Tener el trabajador vicios o malos hábitos que pongan en peligro o perjudiquen 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.

Al respecto, y de conformidad con lo comentado en el capítulo IV del presente trabajo de graduación, criticamos que para nosotros la causal primera del artículo 83 del Código de Trabajo no constituye previsión social hacia el trabajador doméstico, dado que se regulan dos situaciones: la primera es que el trabajador haya adquirido una enfermedad infectocontagiosa en cualquier otro lugar que no sea el de su trabajo, en este caso procede la terminación del contrato sin responsabilidad para el patrono, en vez de que opere el régimen de previsión social regulado en el artículo 307 del Código de Trabajo; y la segunda es que el trabajador doméstico haya obtenido esta enfermedad en su lugar de trabajo, en cuyo caso procede la suspensión del Contrato de Trabajo de conformidad a la norma en comento relacionándola con el artículo 36 ordinal cuarto, el cual establece que se suspende el contrato de trabajo por la incapacidad temporal resultante del accidente de trabajo, enfermedad profesional, enfermedad o accidente común. Asimismo, las enfermedades infectocontagiosas se deben de

entender como: “la manifestación clínica consecuente a una infección provocada por un microorganismo como: bacterias, hongos, virus, y a veces, protozoos o por priones”²⁷⁶.

Las otras dos causales justificativas especiales que contempla el artículo 83 del Código de Trabajo consideramos que son bastante claras; así pues, estas causales pueden ser alegadas como excepciones o acciones contra el trabajador en un determinado proceso.

5.2.8 VACACIÓN ANUAL REMUNERADA

La Vacación Anual Remunerada tiene su base constitucional en el artículo 38 ordinal 9° que reza: “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”. Como se observa, ésta es una norma genérica, no excluyente; sin embargo, la Constitución deja clara la extensión de este derecho al trabajador doméstico, en su artículo 45, el cual dice textualmente: “Los trabajadores agrícolas y domésticos tienen derecho a protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, seguridad social, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas por la ley de acuerdo con las condiciones y peculiaridades del trabajo. Quienes presten servicios de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, entidades sociales y demás equiparables, serán considerados como trabajadores manuales y tendrán los derechos reconocidos a éstos”; y está regulada en el Capítulo V, Título Tercero del Libro Primero del Código de Trabajo, específicamente en los

²⁷⁶http://es.wikipedia.org/wiki/Enfermedad_infecciosa Revisado el 6 de Febrero de 2012

artículos del 177 al 189 del mismo cuerpo normativo. Así pues, la vacación tiene la finalidad de: “suministrar al trabajador un período de descanso, después de un año de trabajo, a fin de que recupere sus energías y, al mismo tiempo, tenga la oportunidad de pasar unos días de esparcimiento junto con su grupo familiar”²⁷⁷

Para tener derecho a la Vacación Anual Remunerada, según el artículo 177 del Código de Trabajo, se requiere: Trabajar un año continuo en la misma empresa, establecimiento o bajo la dependencia del mismo patrono, y el artículo 180 del Código de Trabajo establece que el trabajador debe de acreditar un mínimo de 200 días trabajados en el año. De conformidad al artículo 177 del Código de Trabajo, se determina que la Vacación Anual Remunerada durará 15 días, y la remuneración consiste en pagar al trabajador una prestación económica equivalente “al salario ordinario correspondiente a dicho lapso más un 30% del mismo”. La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que **Cuando se reclama pago de vacaciones completas, debe existir prueba del tiempo laborado**: “en el presente caso, las vacaciones, como prestación singular, reclamadas por la demandante, exigen que el trabajador haya prestado sus servicios por el año que reclama, pero a la vez, debe establecer que dentro de ese año, prestó sus servicios para un mismo patrono o establecimiento, por más de doscientos días de forma continua y efectiva; lo cual es suficiente para que se tenga por establecido con la prueba aportada, y solo ahí es donde el patrono está en la obligación de desvirtuar el adeudo que se deduce, por medio de la presunción, las vacaciones a las que el trabajador tiene derecho”²⁷⁸.

Como una garantía de la duración de 15 días de la Vacación Anual

²⁷⁷PÉREZ, B. óp. Cit. Pág., 139

²⁷⁸Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del 19 de Marzo de 2002, en el Proceso de Casación con numero de referencia 412 C 2° Lab. 178 y 180 C.T.

Remunerada, el artículo 178 establece que las vacaciones no pueden comenzar en los días de asueto o de descanso semanal, pero estos días no pueden prolongar la duración de las vacaciones cuando quedasen comprendidos dentro de dicho período, así como tampoco los descansos semanales compensatorios.

El cómputo de los años de trabajo continuo lo establece el Código de Trabajo, en su artículo 179, al decir: “Los años de trabajo continuo 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 cada uno de los años posteriores”; estableciendo como garantía para el trabajador, lo prescrito en el artículo 181, el cual dispone que en caso de Suspensión del Contrato de Trabajo, la continuidad no se verá interrumpida; sin embargo, los días no laborados no entrarán en el cómputo de los días mínimos exigidos por el artículo 180.

El artículo 182 del Código de Trabajo establece: “El patrono debe señalar la época en que el trabajador ha de gozar las vacaciones y notificarle la fecha de iniciación de ellas, con treinta días de anticipación por lo 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”; es decir que según el inciso primero del precitado artículo, con un mínimo de 30 días antes de que comiencen las vacaciones se les debe de notificar a los trabajadores del inicio de éstas y la época o fechas en donde tendrán dichas vacaciones; sin embargo, el inciso segundo del precitado artículo establece los plazos

después de cumplido el año dentro de los cuales se deben dar las vacaciones, estableciendo que si el empleador que tiene más de cien trabajadores debe de dar las Vacaciones Anuales Remunerada dentro de los 6 meses posteriores al año de servicio, y el empleador que tenga menos de cien trabajadores, debe darlas dentro de los 4 meses posteriores al año de servicio.

Para establecer el salario básico en virtud del cual se deben remunerar las vacacione anuales, el artículo 183 del Código de Trabajo establece las siguientes reglas:

1. Si el salario se ha estipulado por unidad de tiempo, el salario básico que esté devengando a la fecha de las vacaciones.
2. El salario básico que surge como resultado de haber dividido los salarios ordinarios devengados durante los seis meses anteriores a las vacaciones entre el número de días laborables comprendidos en dicho período, cuando se trata de cualquier otra forma de estipulación.

Esta Remuneración de las Vacaciones anuales debe pagarse “inmediatamente” antes que el trabajador comience a gozarlas y cubre la duración de éstas, según lo estipulado por el artículo 185 del Código de Trabajo.

Como una garantía para el trabajador respecto al goce y respeto de sus Vacaciones Anuales Remuneradas, el artículo 188 del Código de Trabajo prohíbe la compensación de vacaciones en dinero o en especie; es decir que el patrono no puede obviar la obligación de darle vacaciones a sus trabajadores queriendo darles más dinero u otros bienes, en vez de vacaciones; esta misma disposición prohíbe fraccionar los períodos de vacación así como acumularlas; es decir que, según la norma precitada, los

15 días deben ser continuos y el patrono no puede dejar de dar la Vacación de un año bajo el pretexto de que el siguiente año les dará el doble de los días de descanso y de la remuneración correspondiente.

Las excepciones a las reglas antes comentadas se encuentran en el artículo 189 del Código de Trabajo que establece:

1. El patrono puede disponer que todos sus trabajadores disfruten en el mismo período de las Vacaciones Anuales Remunerada, de esa forma ya no se deben de cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 177: el año de servicio, el 180: los doscientos días como mínimo para tener derecho a las Vacaciones.
2. El patrono y la mayoría de los trabajadores de común acuerdo pueden acordar fraccionar las vacaciones estipulando que si son dos períodos cada uno debe durar como mínimo diez días; es decir, 20 días de Vacación Anual Remunerada; y si fuese de tres o más períodos, cada período debe durar como mínimo, siete días, así la Vacación Anual Remunerada dividida en tres períodos duraría 21 días.

El artículo 187 del Código de Trabajo establece las reglas cuando el contrato de trabajo termina con responsabilidad para el patrono o cuando el trabajador es despedido de hecho; es así que la disposición en comento establece que el trabajador tendrá derecho:

1. A que se le pague la remuneración de los días que, de manera proporcional al tiempo trabajado, le correspondan en concepto de vacaciones
2. Cuando el año de servicio continuo ya hubiese terminado, el trabajador tendrá derecho a que se le pague la retribución a que tiene derecho en concepto de vacaciones, esta regla es especial puesto

que no depende de que el contrato de trabajo haya terminado con responsabilidad para el patrono.

Una regla particular se encuentra en el artículo 184 del Código de Trabajo que regula en caso en que el patrono proporciona alimento o habitación, o ambas, al trabajador; es así que esta norma en un primer momento nos podría llevar a deducir que tiene carácter especial, pensada en el trabajador doméstico; recordemos el artículo 78 del Código de Trabajo que dice: “Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores del servicio doméstico comprende, además del salario convenido, el suministro de alimentación y habitación”; una visión de esa forma es sesgada puesto que el propio artículo 184 dice:

“Si en virtud del contrato de trabajo o por las normas de este Código, el patrono proporcionare al trabajador alojamiento, alimentación o ambas a la vez, deberá aumentarse la remuneración de las vacaciones en un 25% por cada una de ellas, siempre que durante éstas se interrumpan aquéllas”; es decir que esta norma es de carácter genérico porque el Código de Trabajo previó que la alimentación y la habitación podrían ser prestadas a cualquiera de los trabajadores, inclusive al trabajador común.

La norma en comento dice que aparte del 30% que tiene derecho un trabajador como parte de su Vacación Anual Remunerada, el trabajador que reciba de parte de su patrono alimentación y habitación tendrá derecho a un 25% por cada una; es decir, 25% por alimentación y 25% por habitación; pero este aumento de la remuneración sólo procedería cuando las vacaciones interrumpiesen a la alimentación o a la habitación o a ambas, no así si las vacaciones no interrumpen estas prestaciones.

En relación al trabajador doméstico debemos de afirmar que este tipo de trabajador tiene derecho a la Vacación Anual Remunerada como cualquier

otro trabajador, puesto que la legislación respectiva no limita de ninguna forma a ninguna especie de trabajadores. Así pues, la Constitución en su artículo 45, extiende los derechos enumerados por el artículo 38 a los trabajadores domésticos y agrícolas, por lo que inclusive desde el rango constitucional debemos confirmar lo dicho supra, **el trabajador doméstico tiene derecho a la Vacación Anual Remunerada**. Consideramos que una de las grandes deficiencias en nuestro medio es que al trabajador doméstico no se le proporciona la constancia de que habla el artículo 77 del Código de Trabajo, por lo que se le vuelve más difícil comprobar la titularidad de dicho derecho, dependiendo en su caso de la “confesión” de su patrono o de su avenimiento. Y es que dicha titularidad depende del fiel cumplimiento de los requisitos antes mencionados, así el artículo 184 del Código de Trabajo se aplicaría al trabajador doméstico toda vez que dicho trabajador reciba por parte de su patrono alimentación y habitación.

5.2.9 HABITACIÓN Y ALIMENTACIÓN

Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores domésticos comprende además del salario convenido, el suministro de alimentación y de habitación, así reza el art. 78 del C.T

Para algunos autores el salario puede integrarse con una sola o con varias prestaciones, pero el salario necesita, como prestación esencial, una cantidad de dinero en efectivo²⁷⁹. Específicamente se refieren a lo establecido en el inciso segundo del art. 119 del C.T. en cuanto a que considerase integrante del salario, todo lo que recibe el trabajador en dinero y que implique retribución de servicios, éstos según el artículo son: los sobresueldos y bonificaciones habituales; remuneración del trabajo

²⁷⁹MANCIA ZEPEDA D.C., “El Pago del Salario y otras Prestaciones Laborales a las Trabajadoras de la Industria Maquilera de la Confección Textil”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2006, pág. 38

extraordinario, remuneración del trabajo en días de descanso semanal o de asueto, participación de utilidades.

Y el mismo artículo aclara lo que no se considera que constituye salario y son: las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las bonificaciones y gratificaciones ocasionales y lo que recibe en dinero, no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que trata el Código; es decir, remuneración en concepto de vacaciones, aguinaldos y pago de subsidios por enfermedad, por ejemplo.

Entonces 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 artículo 120 del mismo Código reafirma que el salario debe pagarse en moneda de curso legal. A nivel de la ley primaria, la Constitución de la República en su artículo 38 inciso cuarto primera parte, establece que el salario debe pagarse en moneda de curso legal.

Se traen a cuenta estos artículos, por el hecho de que ha habido a nivel doctrinal una discusión de la postura de si la habitación y alimentación que son reguladas para el trabajador doméstico son parte integrante del salario; al respecto Auerbach²⁸⁰ considera que tales prestaciones constituyen parte del salario, sólo cuando el patrono le paga las vacaciones anuales al trabajador doméstico y en el entendido del art.184 C.T que establece que: “Si en virtud del contrato de trabajo o por las normas de este Código, el patrono proporcionare al trabajador alojamiento, alimentación o ambas a la vez,

²⁸⁰RODRÍGUEZ AUERBACH, J. A. óp. Cit. Pág. 209

deberá aumentarse la remuneración de las vacaciones en un 25% por cada una de ellas, siempre que durante éstas se interrumpan aquéllas.”

Según la doctrina, cuando el trabajador habite en el establecimiento, el patrono debe prestarle protección a su vida y a sus bienes, proveyéndole una alimentación sana y suficiente y la vivienda adecuada a sus necesidades²⁸¹.

También se menciona que el importe de la habitación y alimentación como agregado al salario se calculan en un 50% del entregado en efectivo, en la habitación se incluye cama individual, colchón, almohada, dos frazadas y dos sábanas en perfectas condiciones de higiene; en cuanto a la alimentación incluirá desayuno, almuerzo y cena, adecuados a los usos y costumbres de la casa y al nivel económico de la familia²⁸². Ninguno de estos requisitos específicos son mencionados en la ley, pero la doctrina sí concuerda en decir que en la retribución del trabajador doméstico además del pago en dinero se proporcionará alojamiento y alimentación cuando así se haya convenido.

Por tanto, se considera que el salario sólo puede ser retribuido en moneda o en dinero, la habitación y la alimentación han sido prestaciones que se comenzaron a otorgar al trabajador doméstico y quedaron establecidas en su regulación, gracias a la costumbre en los locales de comercio, ya que era costumbre que el trabajador viviera en régimen de internado.

Tanto la alimentación y habitación algunas veces han sido utilizadas y se utilizan aún, como una forma de mayor explotación para el trabajador doméstico; en nuestro país, considerando el nivel de desempleo y pobreza, es tener un vida más digna para estos, ya que emigran a la capital buscando mejorar su situación²⁸³.

²⁸¹BERTOZZI, V. óp. Cit. Pág. 168

²⁸²CABANELLAS DE LAS TORRES, G. óp. Cit. Pág. 1145

²⁸³http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2463:la-mano-invisible-del-trabajo-doméstico&catid=200:oficina-del-director Revisado el 6 de Diciembre de 2011

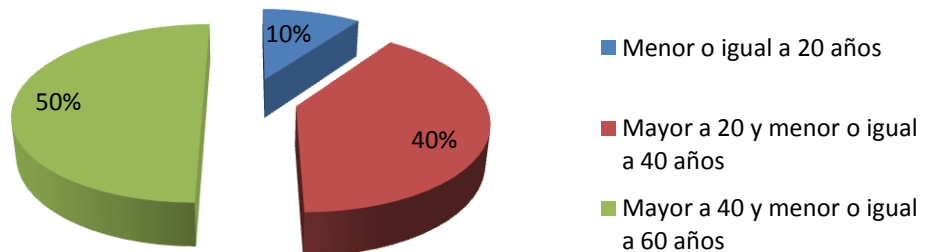
CAPITULO VI: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

6.1 INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS.

1. ¿Qué edad tiene?

Rangos	Numero	Porcentajes
Menor o igual a 20 años	1	10%
Mayor a 20 y menor o igual a 40 años	4	40%
Mayor a 40 y menor o igual a 60 años	5	50%
Total	10	100%

Porcentaje

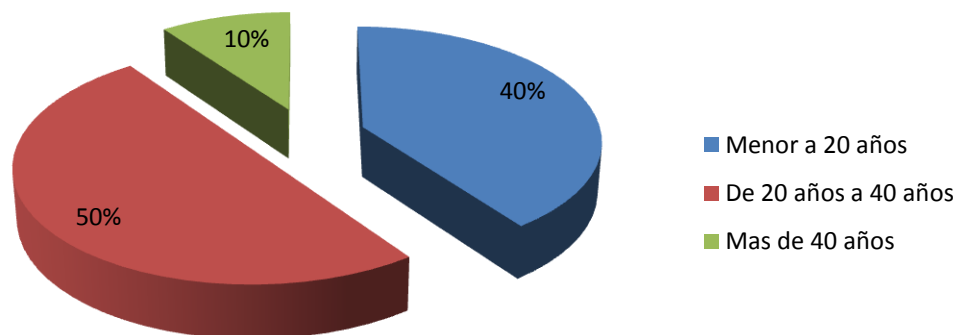


La encuesta practicada en el trabajo de campo fue realizada en una población muestra de 10 trabajadores domésticos. En el presente gráfico puede observarse que el 50% de la población encuestada se encuentra en el rango de más de 40 años pero menor o igual a 60 años, es decir son la mayoría.

2. ¿Tiempo que tiene de trabajar?

Rangos	Número	Porcentaje
Menor a 20 años	4	40%
De 20 años a 40 años	5	50%
Más de 40 años	1	10%
Total	10	100%

Porcentaje

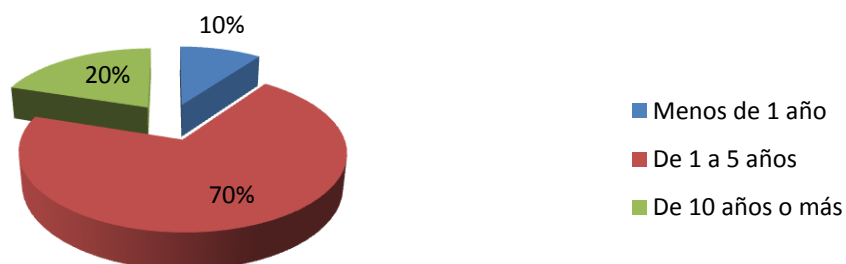


En relación con el gráfico anterior, se observa que el 50% de la muestra se encuentran en un rango de edad de 20 a 40 años de laborar como domésticos; es decir que el 50% dicho ha trabajado de 20 a 40 años, y sólo el 10% ha trabajado más de ese tiempo, esto es así porque algunos trabajadores domésticos manifestaron haber comenzado a laborar de dicha forma desde que eran menores de edad.

3. ¿Tiempo que tiene de trabajar para su patrono actual?

Rangos	Numero	Porcentaje
Menos de 1 año	1	10%
De 1 a 5 años	7	70%
De 10 años o más	2	20%
Total	10	100%

Porcentajes

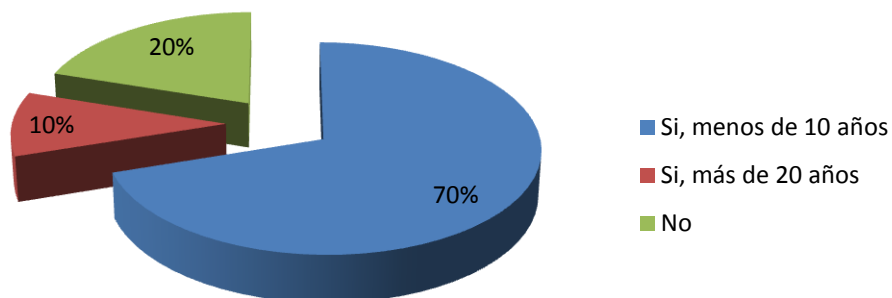


El 70% de trabajadores domésticos ha trabajado para su actual patrono en un rango de 1 a 5 años, y es una minoría del 20% la que ha cumplido o superado la década. Llama la atención este resultado porque se puede afirmar, en un primer momento, que existe cierta tendencia a la permanencia en su lugar de trabajo.

4. ¿Se ha mantenido más tiempo como trabajador doméstico con otro patrono, si es así, cuánto tiempo ha sido?

Rangos	Numero	Porcentaje
Si, menos de 10 años	7	70%
Si, más de 20 años	1	10%
No	2	20%
Total	10	100%

Porcentaje

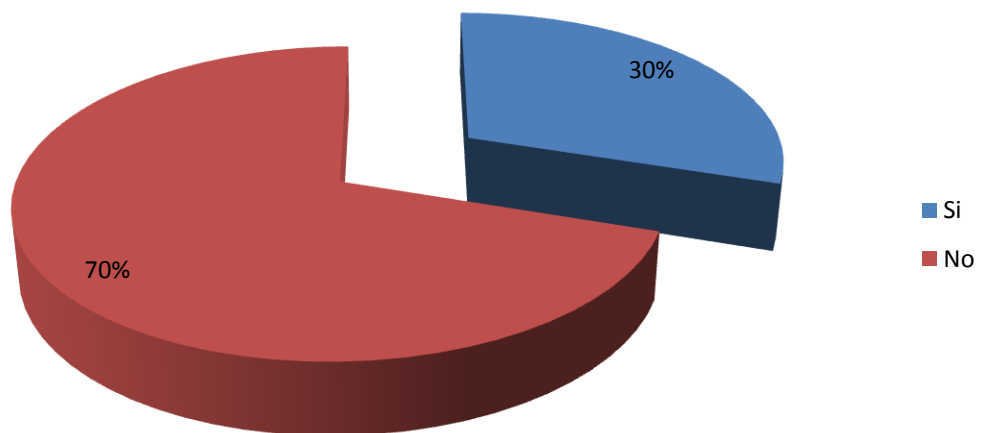


El 70% de los trabajadores domésticos encuestados informaron que han trabajado más tiempo para otros empleadores; si bien no han cumplido la década, han superado el rango medio del gráfico anterior, es decir que el 70% de los trabajadores domésticos que actualmente trabajan para el empleador en un rango de 1 a 5 años, con otro patrono anterior al actual han superado dicho rango, mas no han cumplido una década. Nos remitimos a la observación de la tendencia del comentario supra.

5. ¿Conoce usted los derechos del trabajador doméstico?

Rangos	Numero	Porcentajes
Si	3	30%
No	7	70%
Total		100%

Porcentaje

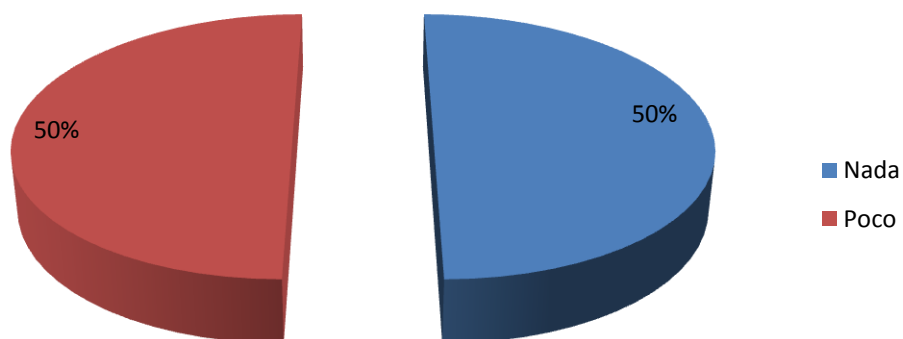


La presente gráfica tiene relación con el objetivo específico de la letra “d” del Capítulo I del presente trabajo de investigación, en donde se conjetura que a mayor desconocimiento del trabajador doméstico de sus prestaciones laborales, mayor será la falta de demanda a sus derechos. Así pues, observamos que el 70% de la población encuestada, no conoce sus derechos, siendo la minoría quienes afirman conocerlos.

6. ¿Qué tanto conoce estos derechos?

Rangos	Numero	Porcentaje
Nada	5	50%
Poco	5	50%
Total	10	100%

Porcentaje

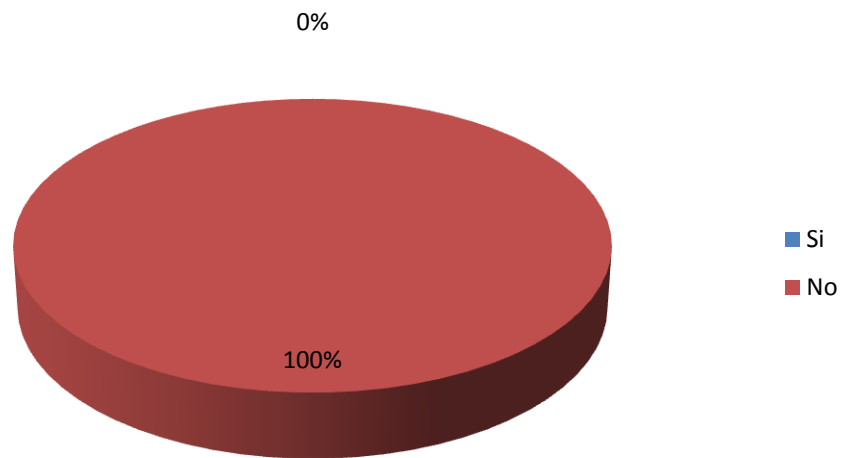


Nos encontramos con una particularidad, si bien el 70% alegó no conocer sus derechos, del total de trabajadores encuestados, el 50% afirmó no conocer nada de sus derechos laborales y el otro 50% dijo conocer muy poco. Esto lo entendemos en el sentido de que si bien la mayoría considera que no los conoce, al menos un 20% del 70% en mención tiene la noción de conocer al menos un poco, mientras que el resto considera que no conoce nada.

7. ¿Considera usted que se le otorgan al trabajador doméstico, las mismas prestaciones laborales que tienen otros trabajadores?

Rangos	Numero	Porcentaje
Si	0	0%
No	10	100%
Total	10	100%

Porcentaje

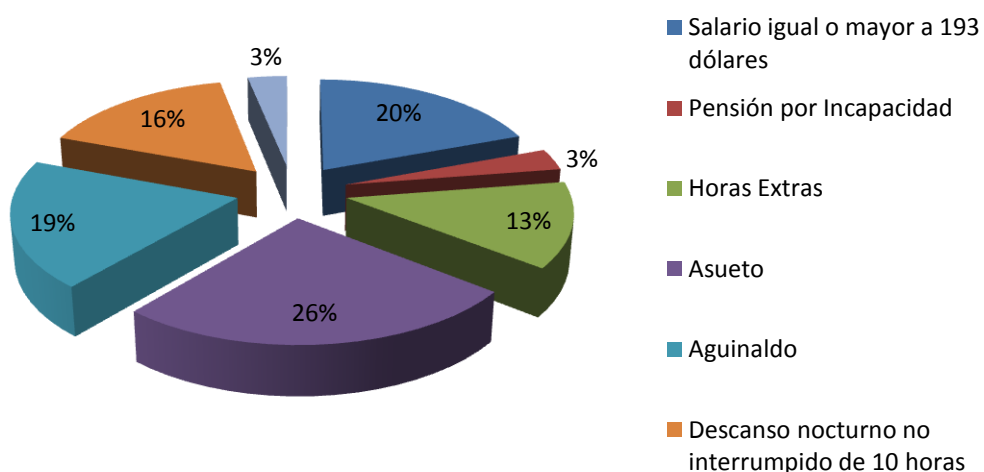


El gráfico habla por sí mismo, todos los trabajadores domésticos encuestados consideran que no gozan de las mismas prestaciones laborales que el resto de trabajadores. Hacemos la relación con el gráfico de la pregunta número 5, puesto que la mayoría no conoce sus derechos laborales. En el presente trabajo hemos afirmado que el trabajador doméstico goza de las mismas prestaciones laborales que el trabajador común gracias al artículo 38 y 45 de la constitución, si bien en un régimen diferenciado y en ocasiones en condiciones inferiores al del trabajador común. Esta falta de conocimiento es lo que ha llevado al trabajador doméstico a considerar que no tiene los mismos derechos que el trabajador común.

8. Marque las prestaciones laborales que a usted como trabajador doméstico se le otorgan:

Prestaciones	Numero	Porcentaje
Salario igual o mayor a 193 dólares	6	60%
Pensión por Incapacidad	1	10%
Horas Extras	4	40%
Asueto	8	80%
Aguinaldo	6	60%
Descanso nocturno no interrumpido de 10 horas	5	50%
Ninguna de las anteriores	1	10%

Porcentaje



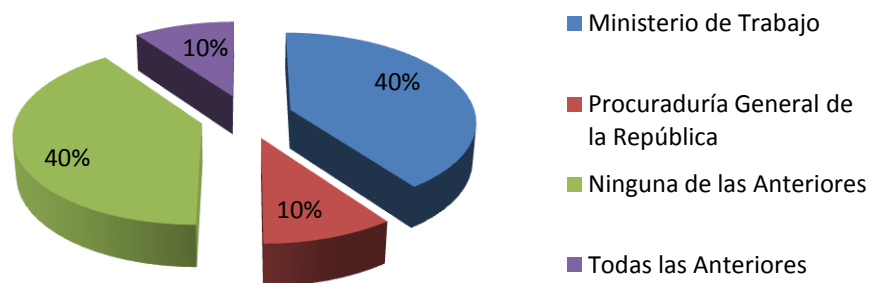
El presente análisis se debe de comprender de la siguiente forma: de una muestra de 10 trabajadores domésticos, el 60% de éstos afirmó que goza de un salario igual o mayor a 193 dólares; mientras que un 80% confirmó que gozaba de asueto; es decir, la grafica representa las respuestas globales contenidas en la tabla supra, demostrando sus respectivas y proporcionales

mayorías en un gráfico de pastel. Llama la atención que sólo el 10% de los trabajadores encuestados, afirma gozar de pensión por incapacidad y esa misma proporción de los trabajadores encuestados afirma no gozar de ninguna de las prestaciones que se les encuestó.

9. De las siguientes instituciones, ¿Cuáles cree usted que velan por los derechos del trabajador doméstico?

Instituciones	Numero	Porcentaje
Ministerio de Trabajo	4	40%
Procuraduría General de la República	1	10%
Ninguna de las Anteriores	4	40%
Todas las Anteriores	1	10%
Total	10	100%

Porcentaje

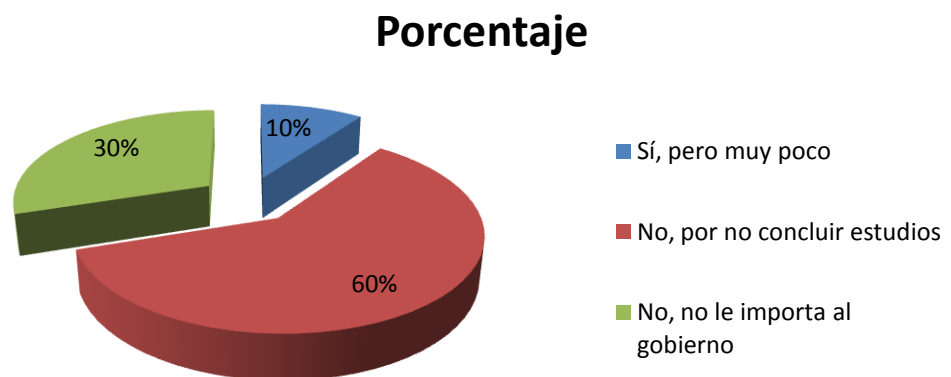


En la presente gráfica demostramos cuáles son, según el trabajador doméstico, las instituciones que velan por sus derechos. El 10% opinó que son todas las instituciones que se les preguntó (juzgados, Ministerio de

Trabajo y Procuraduría General de la República) y otro 10% considera que sólo la procuraduría. El 40% opinó que era el Ministerio de Trabajo y el otro 40% considera que ninguna. Nos llama la atención que individualmente no se consideró que los juzgados velasen por los derechos de los trabajadores domésticos y prácticamente la mitad de éstos consideró que ninguna de las instituciones velaban por sus derechos. No podemos dejar de hacer mención a la letra “d” de las hipótesis específicas del capítulo I que dice: “A mayor desconocimiento del trabajador doméstico de sus prestaciones laborales, mayor será la falta de demanda a sus derechos”.

10. ¿Considera que se le ha proporcionado la información suficiente sobre sus derechos?

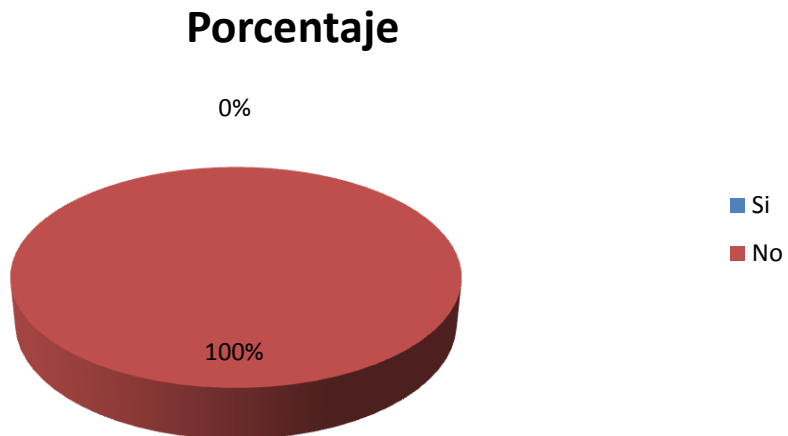
Respuestas	Numero	Porcentaje
Sí, pero muy poco	1	10%
No, por no concluir estudios	6	60%
No, no le importa al gobierno	3	30%
Total	10	100%



El 60% de los trabajadores encuestados consideró que no se le ha proporcionado la información suficiente sobre sus derechos por no haber concluido los estudios, es decir que consideran que en el sistema educativo se hubiese encontrado dicha información; mientras que una minoría del 10% manifestó que se le ha proporcionado la información. Haciendo la relación con la gráfica número 6, consideramos que estos trabajadores conocen poco de sus derechos. Al mismo tiempo, un 40% considera que no tiene suficiente información porque no le importa al gobierno que el trabajador doméstico se informe; por lo que hacemos relación a la letra “c” de las hipótesis específicas del capítulo I del presente trabajo de graduación que dice: “La falta de atención por parte de los Organismos Estatales al trabajador doméstico, incide en la vulnerabilidad de este sector”.

11. ¿Cotiza usted al Seguro Social?

Respuestas	Numero	Porcentaje
Si	0	0%
No	10	100%
Total	10	100%

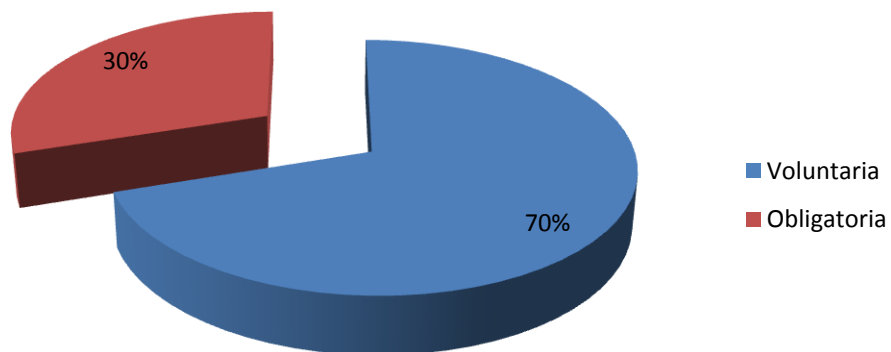


Nos encontramos con otra unanimidad en el presente análisis, el 100% de los trabajadores domésticos encuestados no cotiza al seguro social.

12. ¿Para usted, la afiliación al Seguro Social debe ser Obligatoria o Voluntaria?

Respuestas	Numero	Porcentaje
Voluntaria	7	70%
Obligatoria	3	30%
Total	10	100%

Porcentaje

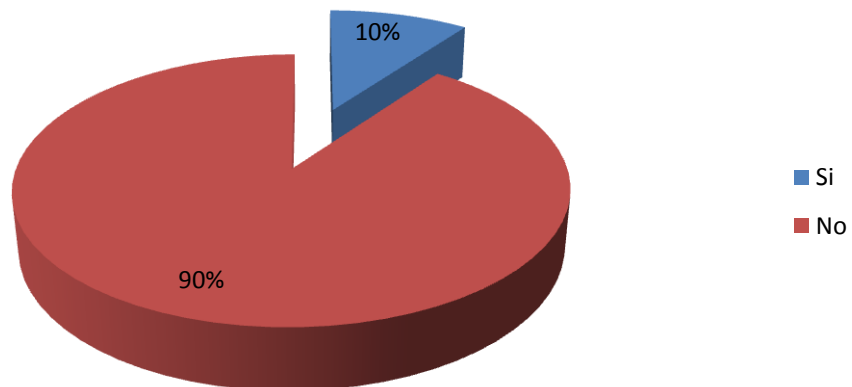


Esta respuesta que nos dejó sorprendidos, el 70% de los trabajadores domésticos encuestados considera que la afiliación al Seguro Social debe de ser de carácter voluntario. Es decir que para esta especie de trabajadores, no es de interés gozar de dicha seguridad.

13. ¿Sabe usted qué prestaciones otorga el Seguro Social al Trabajador Doméstico?

Respuestas	Numero	Porcentaje
Si	1	10%
No	9	90%
Total	10	100%

Porcentaje

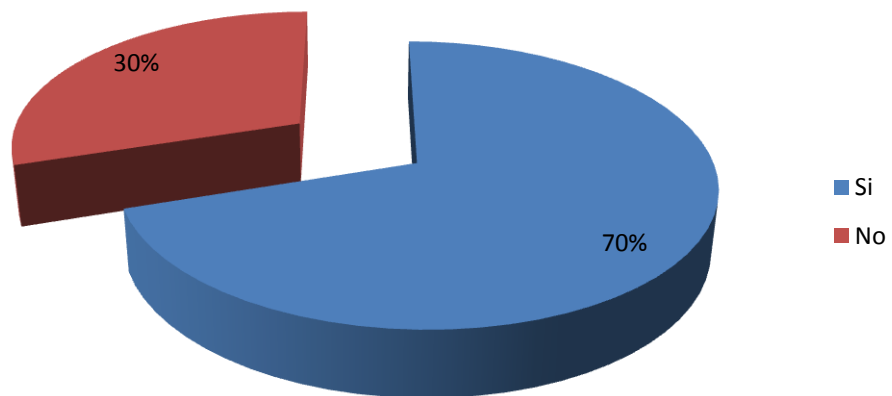


El 70% de los trabajadores domésticos considera que el Seguro Social debe de ser voluntario, según la gráfica anterior. Sin embargo, el 90% de los trabajadores encuestados no conoce las prestaciones que otorga el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y sólo una minoría alega conocerlas. Consideramos que dado el desconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Seguro Social al trabajador doméstico, este no es de principal importancia para este sector. Al mismo tiempo hacemos la relación con la pregunta 5 en donde el 70% de la población encuestada no conoce los derechos del trabajador doméstico, consideramos que la falta de conocimiento es la que propicia la falta de interés por mejorar su situación.

14. ¿Considera que con la actual situación del trabajador doméstico se violentan sus derechos?

Respuestas	Numero	Porcentaje
Si	7	70%
No	3	30%
Total	10	100%

Porcentaje

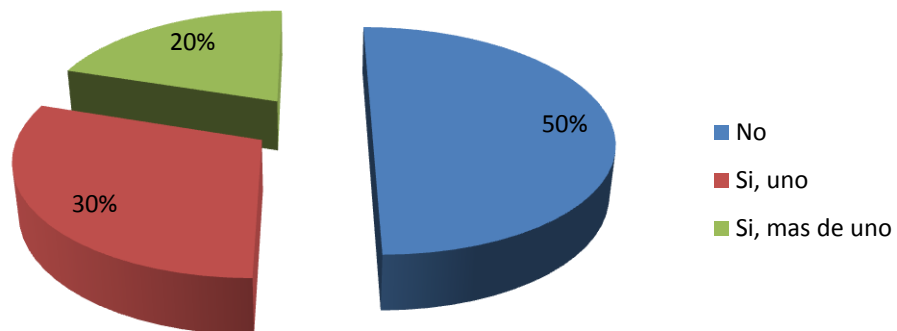


La mayor parte de los trabajadores domésticos encuestados considera que se le violentan sus derechos, derechos que alega no conocer o conocer muy poco. Si bien no concuerda con las preguntas número 5 y 6 del presente análisis, estas respuestas evidencian cierta expectativa que tienen los trabajadores domésticos de tener equidad en cuanto a gozar de derechos iguales a los del trabajador común. Al mismo tiempo este sector, desconociendo prácticamente sus derechos es de la idea de que se les viola o al menos se les priva de determinados derechos laborales, situación que según el presente trabajo de graduación consideramos que se da.

15. ¿Se le ha violentado a usted algún derecho? Si la respuesta es si, mencione qué derecho o derechos han sido

Respuestas	Numero	Porcentaje
No	5	50%
Si, uno	3	30%
Si, más de uno	2	20%
Total	10	100%

Porcentaje



Hay aquí una particularidad respecto al tema en comento; si bien el 70% de los trabajadores alegó no conocer sobre sus derechos, al preguntarles que si se les había violentado alguno, el 50% alegó que no, mientras que un 30% afirmó que al menos uno de éstos se les había violado y el resto que más de uno. Estas respuestas se deben de entender a la luz de que el 50% de los trabajadores domésticos afirma no conocer nada de sus derechos. (ver Anexo 3)

6.2 ANALISIS DE LA ENTREVISTA REALIZADA A LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Como parte de nuestro estudio de campo, se analizaron las opiniones de los servidores públicos respecto de la problemática que nos ocupa, por lo que se optó por entrevistar a servidores de: la Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador, Juzgado Quinto de lo Laboral de San Salvador, Ministerio de Trabajo, Consejo Nacional de Salario Mínimo e Instituto Salvadoreño del Seguro Social (Ver Anexo 4).

Se preguntó a los Servidores Públicos si alguna de las instituciones en las que sirven ejerce algún control sobre las Prestaciones Laborales del Trabajador Doméstico, el Jefe del Departamento Actuarial y Estadístico del Instituto Salvadoreño del Seguro Social opinó que sí se ejerce control sobre dichas prestaciones ya que desde el año 2010 el trabajador doméstico se incorporó al Instituto por medio de un reglamento especial; por otro lado, tanto servidores públicos del Juzgado Quinto de lo Laboral, como de la Cámara Segunda de lo Laboral, ambos de San Salvador, afirmaron que no ejercían ningún tipo de control sobre las prestaciones, sino que simplemente se limitan a un aspecto meramente jurisdiccional, el cual depende de que se inicie o no un proceso judicial.

Sobre la misma pregunta, el Ministerio de Trabajo, por medio del Jefe de Sección de Multas del Ministerio de Trabajo, afirmó que sí se realiza un control sobre las prestaciones del trabajador doméstico, esto a través de dos mecanismos: El primero por medio de inspecciones especiales, y el segundo por medio de inspecciones programadas. Asimismo en el Consejo Nacional de Salario Mínimo se limitaron a afirmar que sí ejercía control sobre las prestaciones, sin especificar qué tipo de control se ejercía sobre dichas prestaciones.

También, se logró establecer que el tipo de control que ejerce el Seguro Social no es específico, puesto que el mismo no controla los tipos de contratación, siendo que su control se limita a una cobertura social de salud y no está pendiente del cumplimiento de los derechos y obligaciones laborales a no ser que las mismas estén relacionadas con la Seguridad Social. Según el servidor público entrevistado en el Consejo Nacional de Salario Mínimo, para que se ejerza un control a través de inspecciones es necesario que el mismo sea consecuencia de denuncias interpuestas por el trabajador, de igual manera el Ministerio de Trabajo procede toda vez que exista una solicitud de inspección especial la cual es solicitada por el trabajador.

Otra de las preguntas realizadas era respecto a los casos en que existía ambigüedad, ante dicha cuestión todos los entrevistados afirmaron que en caso de existir ambigüedad en cuanto al otorgamiento de las Prestaciones Laborales, es necesario aplicar el principio In Dubio Pro Operario; es decir, aplicar lo más favorable al trabajador; pero en este punto los servidores públicos que desempeñan sus funciones en la rama judicial afirman que ese tipo de casos son raros puesto que los litigios en donde una de las partes sea Trabajador Doméstico, son pocos.

Los servidores públicos entrevistados consideran que tanto la situación general y legal del Trabajador Doméstico es de marginación; en el sentido que se carece de la legislación apropiada para que dichos trabajadores hagan valer sus derechos; aunado a ello que dicha normativa es un limbo jurídico, puesto que si bien es cierto existen dentro de nuestra legislación algunos artículos que procuran cierta protección para los mismos, éstos son relativamente vagos y no logran aclarar o determinar los derechos y obligaciones de la Sociedad y el Trabajador Doméstico. Todo esto se ve agravado porque su protección es parcial y al final sus derechos están sujetos a la voluntad del patrono, gracias a una normativa no protectora, por

lo que se llega a la conclusión de que el trabajo doméstico es visto de menos, lo cual equivale a que no se respetan sus derechos.

Respecto a la interrogante relacionada a la eficacia de la legislación actual, las posiciones son encontradas; es decir, mientras que en el Juzgado Quinto de lo Laboral de San Salvador y en la Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador concuerdan en la idea de que la legislación es eficaz, que todo depende de la capacidad del abogado litigante, y cómo se plantee el caso ante un tribunal, no obstante el resto de entrevistados considera que la actual legislación no es efectiva, siendo necesario que existan reformas encaminadas a mejorar dicha situación.

Es de hacer mención que, dentro de la entrevista realizada, los servidores públicos entrevistados realizaron sugerencias, debido a que una de las interrogantes iba encaminada a ello, por lo que manifestaron que para mejorar la situación del Trabajador Doméstico, es necesario: a) promover mecanismo informativos sobre los derechos de los trabajadores; b) reformar la legislación; y c) concientizar al trabajador. Respecto a la sugerencia de reformar la legislación, se dijo que se debe regular puntualmente las prestaciones del trabajador doméstico o bien sacarlo del régimen especial.

Los entrevistados de igual forma consideran que en nuestro país no existe un interés real por parte del Estado respecto al sector del Trabajador Doméstico en nuestro país; sin embargo, en parte se debe a que estos trabajadores no se han organizado. Aún así, consideran que empieza a surgir cierto interés, respecto a este tipo de trabajador, al observar que se le ha incorporado recientemente al Seguro Social.

Así mismo califican que la atención brindada por parte de los organismos estatales al trabajador doméstico como: débil, deficiente e indiferente; consideran que dicha situación se da porque por un lado el trabajador

doméstico defiende poco sus derechos y por otro lado sencillamente en ocasiones no se toma en cuenta.

Existe un consenso de opiniones respecto a que se debe de cambiar de enfoque respecto al trabajador doméstico, integrar la normativa nacional, es decir, la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y las leyes secundarias, o bien, de ser posible, sacarlo del régimen especial; pero sobretodo cambiar la actitud estatal hacia este sector.

Se les preguntó a los entrevistados sobre el inciso primero del artículo 6 del REGLAMENTO DE CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SALUD Y MATERNIDAD PARA LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS, el cual reza de la siguiente forma: “para los efectos de este reglamento y de la Ley del Seguro Social, se considera como remuneración afecta a este régimen especial, el salario pactado por unidad de tiempo o de cualquier otra forma contemplada en la ley, pagando en forma mensual, en moneda de curso legal, el cual no podrá ser menor al Salario Mínimo vigente para el comercio y servicios”. Esta pregunta surgió a partir de la interpretación que le damos a dicho artículo, en donde consideramos que: “el trabajador doméstico que gane menos del Salario Mínimo está excluido del Régimen Especial del Seguro Social”. Al respecto las personas entrevistadas en el Juzgado Quinto de lo Laboral comparten dicha interpretación, mientras que los de la Cámara Segunda de lo Laboral no contestaron y los del Consejo Nacional de Salario Mínimo no comparten dicha interpretación por considerar que el Seguro Social tiene un programa de establecimiento de Salario Mínimo, por lo que no permite que nadie con menos del Salario Mínimo pueda cotizar. Las personas entrevistadas en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social tampoco compartieron nuestra interpretación, puesto que, según ellos, el trabajador doméstico no está excluido por tanto goza de la previsión social. Los servidores públicos entrevistados en el Seguro Social

opinaron que el espíritu de la norma es ser financieramente viable por lo que dicho requisito se vuelve un Salario Supuesto de Referencia para equilibrar el sistema.

También se consultó sobre el artículo 2 inciso cuarto del reglamento supra mencionado, en donde se regula la multiplicidad de patronos. Al respecto, la pregunta era ¿debe obligarse a todos los patronos del trabajador doméstico a cotizar al seguro social? En este punto las opiniones son encontradas, son dos posiciones principales: La primera es que el empleador no debe de ser necesario para cotizar, por lo que entramos a la tipología de trabajador independiente; la segunda es que debe de ser obligatoria la cotización al menos para uno. Respecto a la obligatoriedad de la Seguridad Social para el Trabajador Doméstico, unánimemente se dice que todos los trabajadores aun el doméstico deben de tener Seguridad Social obligatoria.

Se preguntó sobre la igualdad respecto a la aplicación de las prestaciones laborales, a dicha consulta todos opinaron que no existe igualdad en cuanto a la aplicación, en ocasiones por la naturaleza de la relación laboral que conlleva un cierto grado de afectividad entre el patrono y el trabajador doméstico, y otras veces por la liberalidad con la que el empleador otorga o no dichas prestaciones a un sector olvidado por la sociedad.

Todos los servidores públicos entrevistados consideran que al trabajador doméstico le son violados sus derechos, de diversas formas como: adeudo de prestaciones, trabajar más de ocho horas y pagar menos del Salario Mínimo, omitir prestaciones de ley y no respetar períodos de vacaciones.

Los entrevistados son de la opinión de que existe desconocimiento en las normas que protegen al trabajador doméstico y que regulan sus prestaciones, y es la falta de divulgación de estos derechos la que se vuelve gran parte del problema. En relación a eso, se afirma que hay pocas

demandas por parte del trabajador doméstico buscando el cumplimiento de sus derechos e incluso en algunas instancia no hay dichas demandas por el grado de desconocimiento.

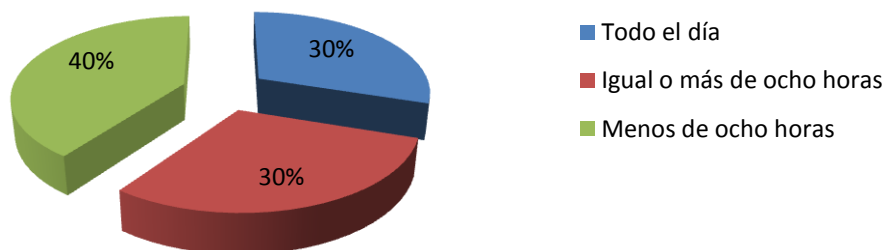
Finalmente, los servidores públicos entrevistados consideran que es aceptable y viable suprimir las diferencias en cuanto a la aplicación de las prestaciones laborales y aplicar las mismas de que goza el trabajador común, en los mismos términos.

6.3 INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA PRACTICADA A LOS PATRONOS DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS.

1. ¿Por cuánto tiempo tiene a su disposición a su trabajador doméstico?

Tiempo	Resultado	PORCENTAJE
Menos de ocho horas.	4	40%
Igual o más de ocho horas.	3	30%
Todo el día.	3	30%
TOTAL	10	100%

Tiempo que requiere a su empleado doméstico.



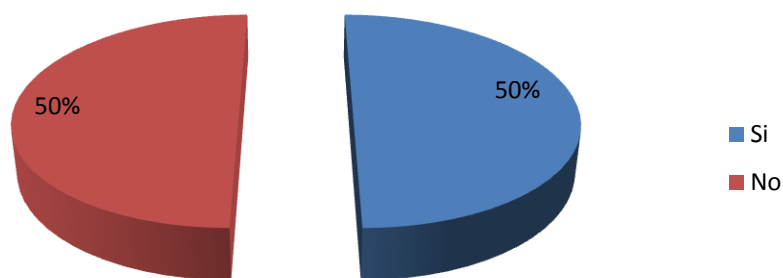
Comentario:

Esta pregunta es base para el análisis de las siguientes gráficas, porque de ella se deduce que la mayoría de los encuestados tienen a su disposición al trabajador doméstico solamente por horas, por lo que consideramos que es un elemento influyente para que no se cumpla con las prestaciones que el Código regula para éste.

2. ¿Conoce las prestaciones laborales de los trabajadores domésticos?

Respuesta	Resultado en porcentaje
Si	50%
No	50%
Total	100%

¿Cuántos patronos conocen las prestaciones laborales?



Comentario:

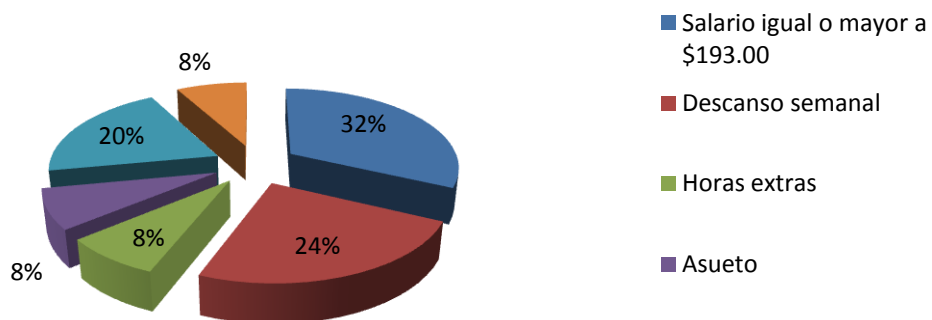
De la muestra se escogió a patronos que tenían formación académica, u otros con un mínimo grado de escolaridad, así como a otros que no tenían

dicha formación, pero el resultado fue que entre los patronos encuestados solamente la mitad manifestó conocer las prestaciones laborales de los trabajadores domésticos. Comprobando que una buena parte del sector empleador desconoce los derechos que en teoría debería exigirle su empleado, haciendo más propicio el campo para que se den las violaciones de los mismos.

3. ¿Qué prestaciones laborales le facilita a su empleado?

PRESTACIÓN	RESPUESTAS	PORCENTAJES
Salario igual o mayor a \$193.00	8	32%
Descanso semanal	6	24%
Horas extras	2	8%
Asueto	2	8%
Aguinaldo	5	20%
Descanso nocturno no interrumpido de 10 horas	2	8%
TOTAL		100%

Prestaciones que otorga a su trabajador doméstico



Comentario:

De la pregunta que antecede se tomó una muestra de 10 personas; al examinar que la pregunta es de múltiples opciones, se concluye lo siguiente para deducir el porcentaje: 8 de 10 personas respondieron que conceden salario igual o mayor de \$193.00; 6 de 10 reconocieron que otorgan Descanso Semanal a su empleado doméstico; 2 de la misma muestra manifestaron autorizar horas extras; así como también 2 patronos de 10 declararon dar Asueto al doméstico a su servicio; 5 de la muestra anteriormente referida aseguraron entregarles aguinaldo; y 2 de 10 patronos reconocieron conceder descanso nocturno no interrumpido de 10 horas. Comprobando que ninguno de los encuestados manifestó dar las siguientes prestaciones: Seguro Social, Pensión por muerte y prestación por maternidad.

4. ¿Cuántas veces lo ha visitado un inspector de trabajo?

Respuesta	Total
Una o más de alguna vez	0
Ninguna vez	10
Total en porcentaje	100%

Visitas del Inspector de Trabajo

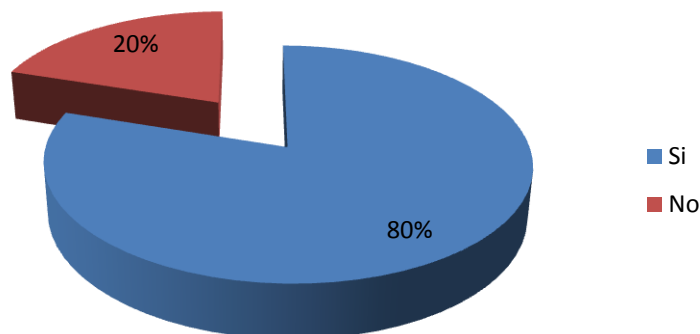


Comentario: Con los resultados proporcionados por los patronos crecen los elementos para comprobar que no hay un buen control de lo que es el trabajo doméstico, por lo que se deduce que este sector se encuentra desprotegido.

5. ¿Considera Ud. que deben otorgarse al trabajador doméstico las mismas prestaciones que al trabajador común?

RESPUESTA	PORCENTAJE
Si	80%
No	20%
TOTAL	100%

¿Deberían ser las mismas prestaciones para el trabajador doméstico?



Comentario:

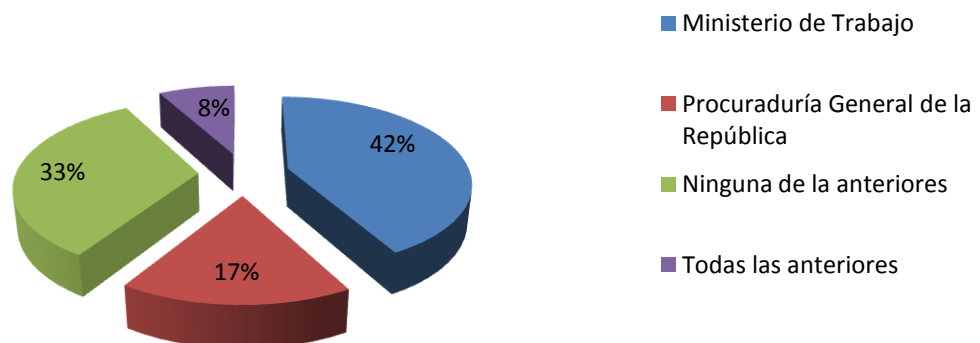
En el gráfico que antecede se preguntó a la misma muestra el porqué de su respuesta, a lo que entre variantes se resume: que quienes contestaron

negativamente lo justifican en el sentido de que no es un trabajo permanente y que se compensan con la alimentación y habitación que se les otorga; el 80% que contestaron que sí deberían ser las mismas, lo justifican por razones de igualdad.

6. ¿De las siguientes Instituciones, cuáles cree usted que velan por los derechos del trabajador doméstico?

Rangos.	Marcación múltiple de una muestra de 10.	Porcentajes
Ministerio de Trabajo.	5	42%
Procuraduría General de la República.	2	17%
Ninguna de las anteriores.	4	33%
Todas las anteriores.	1	8%
Total		100%

Instituciones que velan por los Derechos del Trabajador Doméstico



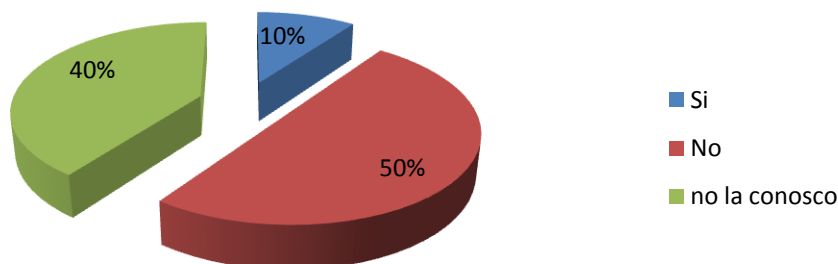
Comentario:

Se tomó una muestra de 10 personas, habiendo realizado una pregunta de selección múltiple que dió los resultados de la tabla anterior; en donde varios seleccionaron más de una opción, pero al traducirlo al porcentaje, un 33% opina que ninguna de las anteriores instituciones velan por los derechos del trabajador doméstico; un 8% opina que todas las instituciones anteriores lo hacen; el 42% dijeron que el Ministerio de Trabajo es el que lo hace; el 17% creen que es la Procuraduría; y ninguno opinó que sean los juzgados de lo Laboral.

7. ¿Considera eficaz la legislación que regula lo referente al trabajo doméstico?

Respuesta	Resultado
Si	10%
No	50%
No la conozco	40%
Total	100%

Es eficaz la legislación que regula lo referente al trabajador doméstico



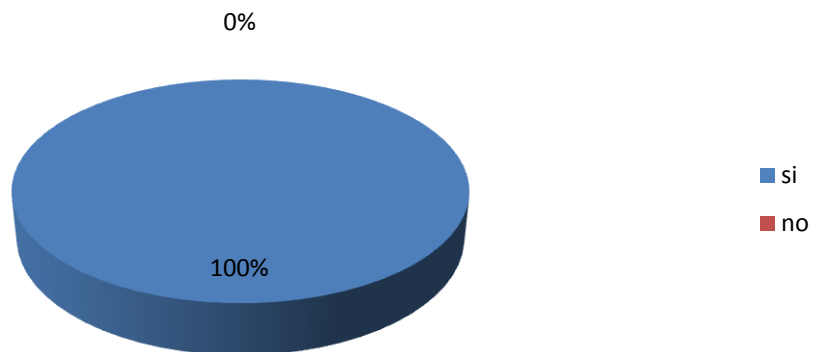
Comentario:

Traducidos los resultados a porcentajes, concluimos que si bien es cierto un cuarenta por ciento no conoce la legislación, hay una mayoría que opina que no es eficaz dicha legislación y solamente un mínimo de 10% la considera eficaz.

8. ¿Considera que el sector de trabajadores domésticos es un sector desprotegido?

Respuesta	Resultado
Si	100%
No	0%
Total	100%

¿Están protegidos los trabajadores domésticos?



Comentario.

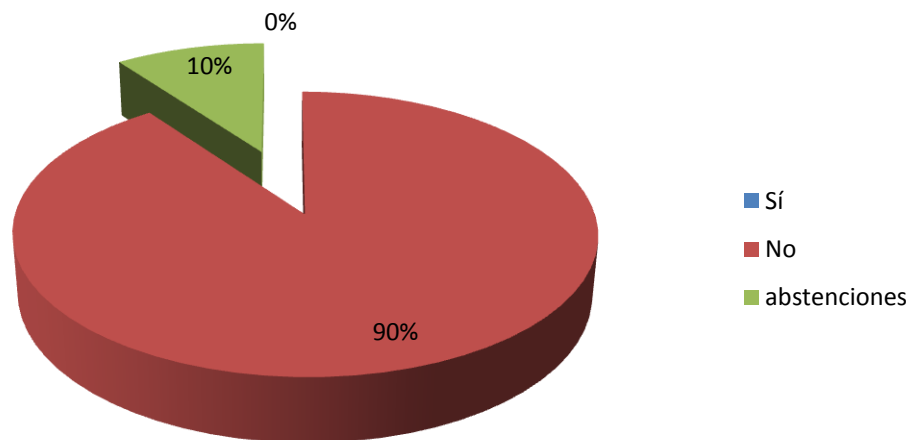
Los resultados son más que evidentes, los patronos están conscientes que sus empleados domésticos a nivel institucional están desprotegidos;

comprobamos que al contradecirse con los resultados que tenemos en la pregunta 6, pudieron tomar la referida pregunta como un deber ser de las instituciones en cuanto a que deben de velar por el cumplimiento de sus derechos, sin estar seguros de que efectivamente se haga.

9. ¿Cotiza al seguro social por su empleado doméstico?

Número.	Porcentaje.
Sí	0%
No	90%
Abstención de responder	10%
Total	100%

Cotizaciones al Seguro Social



Comentario:

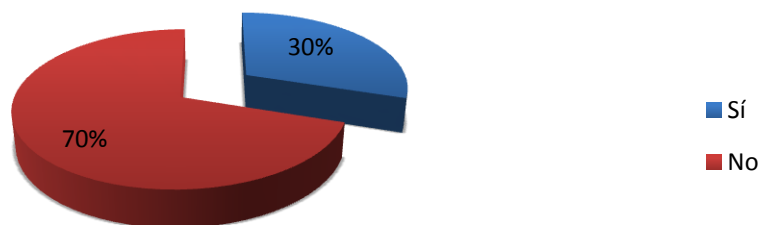
Del 90% de personas que respondieron que no tienen inscritos a sus empleados domésticos, la mayoría manifiestan que sus empleados no se los

han exigido; otros, que les afectaría porque el costo de tener un empleado doméstico aumentaría, o que por no ser un trabajo permanente no tienen por qué hacerlo; además, una buena parte manifestó que no conocen el proceso para inscribirlo y por esas razones no lo han hecho.

10. En el caso que su empleado doméstico trabaje para otros patronos, ¿considera justo que los demás patronos no cotizen por él?

Número	Porcentaje
Sí	30%
No	70%
Total	100%

¿Es justo que los demás patronos no cotizen por su empleado doméstico?



Comentario:

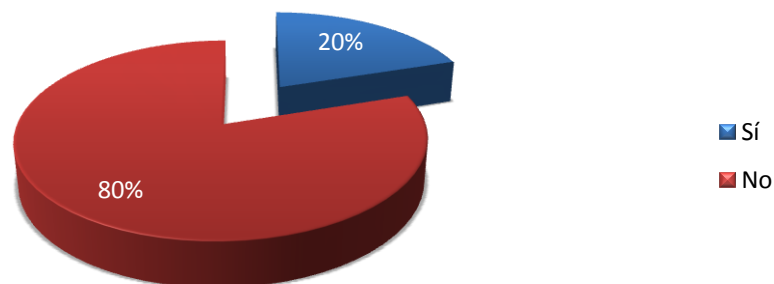
El resultado de la pregunta antes mencionada es evidente, la mayoría de los patronos de los Trabajadores Domésticos considera que no es justo que otros patronos no cotizen al Instituto Salvadoreño del Seguro Social por su

empleado, mientras que la minoría lo encuentra justo; es decir, la mayoría de patronos considera que la carga de la cotización no debe estar solamente sobre uno de ellos; en base a estos resultados, esta situación se podría tomar como una excusa para que los patronos no quieran inscribir a sus empleados domésticos al Seguro Social.

11. ¿Está de acuerdo con la siguiente afirmación: **“En el salario del trabajador doméstico debe estar incluida la habitación y alimentación; es decir, si al trabajador doméstico se le dan estas prestaciones, las mismas se deben descontar del salario que devenga”?**

Respuestas	Porcentaje
Sí	20%
No	80%
Total	100%

¿Constituyen parte del salario la habitación y alimentación?



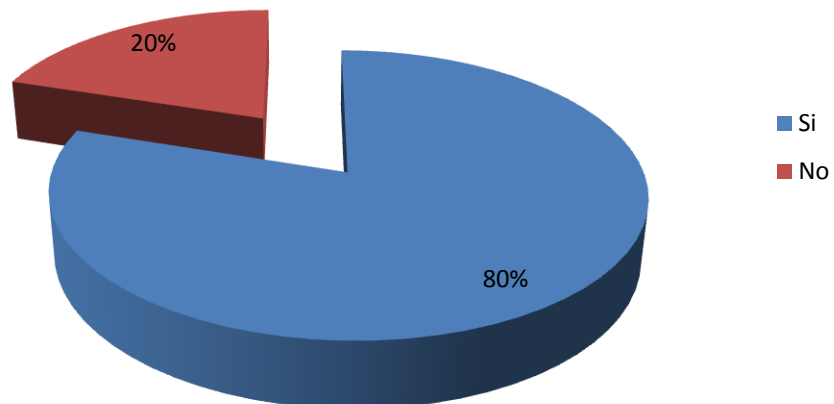
Comentario:

El ochenta por ciento de la muestra opinó que no constituyen parte del salario dichas prestaciones, porque al tener un salario bajo se desmejoraría su condición de vida, por lo que no están de acuerdo en descontar del salario del trabajador dichas prestaciones; un veinte por ciento opinó que por la naturaleza del trabajo debían de otorgárseles las prestaciones antes mencionadas descontándose las mismas de su salario en moneda de curso legal.

12. ¿Está de acuerdo con que al trabajador doméstico, se le conceda el asueto que conforme a ley se le otorga a los trabajadores comunes?

Número	Porcentaje
Sí	80%
No	20%
Total	100%

¿Debe concederse el asueto igual?



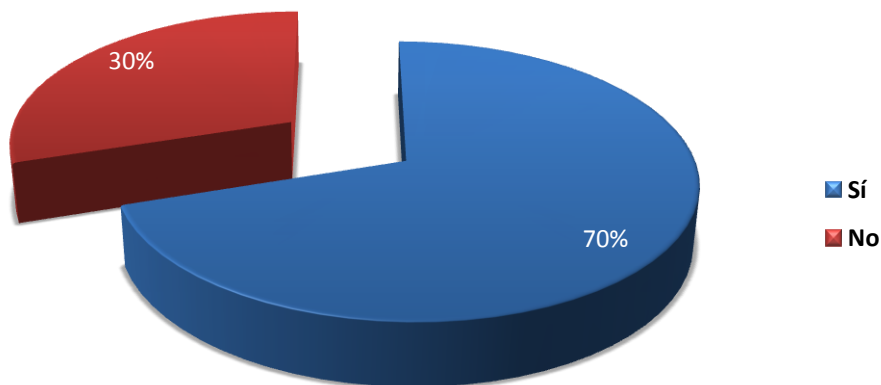
Comentario:

El 80% opinó que por razones de justicia e igualdad, deberían dársele los mismos días de asueto; y dentro del 20% que opinó que no, manifestaron en su razonamiento que por no ser un trabajo permanente no les conviene.

13. ¿A su criterio debería pagársele al trabajador doméstico horas extras?

Número	Porcentaje
Sí	70%
No	30%
Total	100%

¿Deben pagarse horas extras?



Comentario:

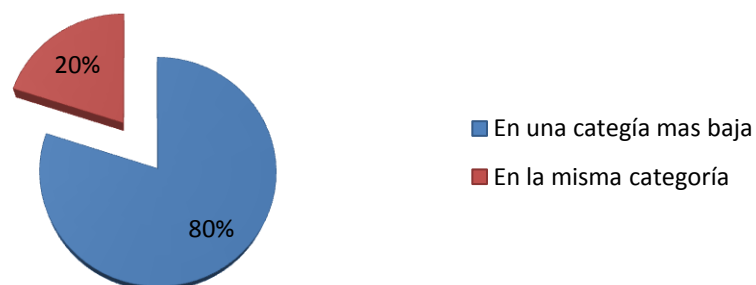
Según las respuestas obtenidas, existe cierta voluntad de parte de los patronos en cuanto a reconocer las horas extras de los trabajadores

domésticos, aunque esto sería posible, según la ley, al exceder las doce horas de su jornada ordinaria, o cuando el patrono voluntariamente reduzca su número de horas de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

14. ¿Considera que en nuestro país se aprecia al trabajador doméstico como un trabajador más o se encuentra en una categoría inferior?

Rango	Porcentaje
En otra categoría	80%
Como un trabajador más	20%
Total	100%

¿Se encuentra el trabajador doméstico en una categoría mas baja que el trabajador común?



Según los resultados obtenidos en la presente interrogante, se comprueba que la mayoría de los patronos están consientes de que el trabajador doméstico está considerado en una categoría inferior; concluimos que, como ha sido en el pasado, aún en la actualidad por cuestiones de cultura o

cualquier otra índole se considera el trabajo doméstico como denigrante, y que no ayuda a controlar esto la legislación vigente, ya que lo regula como un régimen especial excluyente.

CAPITULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

7.1 CONCLUSIONES.

En el desarrollo de la presente investigación sobre el tema: “**LAS PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO EN EL SALVADOR**”, al entrar en el estudio por medio de las encuestas, entrevistas observaciones personales e investigación bibliográfica, como grupo se llega a las siguientes conclusiones: Respecto al cumplimiento del objetivo general: “Presentar un estudio científico de carácter socio jurídico, referente a las diferencias en las prestaciones laborales para el trabajador doméstico respecto del trabajador común”; y respecto del cumplimiento de los objetivos específicos:

- Explicar el desarrollo histórico pertinente al objeto de estudio.
- Presentar un marco doctrinario- jurídico sobre las prestaciones laborales, haciendo hincapié en las diferencias para el trabajador doméstico en relación con el trabajador común.
- Determinar las causas y consecuencias de la diferente aplicación de prestaciones laborales para el trabajador doméstico.
- Investigar el grado de efectividad de la inscripción al Seguro Social de los trabajadores domésticos como una forma de darle cumplimiento a la política de seguridad social inclusiva.
- Recopilar información empírica con la población que delimitamos al área de San Salvador.
- Proponer las reformas necesarias al Código de Trabajo, para que al trabajador doméstico se le apliquen las mismas prestaciones laborales que se le aplican al trabajador común.

Puede afirmarse que se dio cumplimiento a los mismos de forma explícita e íntegra, como se demuestra con los resultados de las encuestas, entrevistas

y en relación a los datos descritos en el marco histórico, teórico y jurídico de este trabajo de investigación. Dando a conocer con la presente investigación las diferencias que en la historia y aún en la actualidad se mantienen entre el sector de los trabajadores domésticos con el trabajador común; deferencias que encontramos en los aspectos jurídico, doctrinario y coyuntural.

De la investigación realizada se han obtenido conclusiones, las cuales son un reflejo de la ineficiencia de la legislación laboral vigente; no podemos decir que hay situaciones no reguladas en cuanto a los regímenes especiales, puesto que el artículo 118 del C.T hace una incorporación integral de las disposiciones comunes en los regímenes especiales en cuanto a lo no previsto dentro de estos. Encontrando los problemas en cuanto a lo previsto en el régimen especial del Trabajo Doméstico, puesto que, las situaciones ahí reguladas disfrazadas como especiales contradicen los derechos o prestaciones que se otorgan al trabajador común, dando el espacio para que al trabajador doméstico no se le otorguen las mismas, vulnerando así sus derechos reconocidos constitucionalmente.

Concluimos que se podrían hacer encajar en el régimen del trabajador doméstico las prestaciones laborales que no afectan su carácter especial y así romper la cultura de tener al trabajo doméstico como un trabajo inferior en relación a otros. Las causas de esta idiosincrasia tan adversa al Trabajador Doméstico son varias, entre ellas es tener dicha labor como humillante, factor común histórico en la humanidad que encontramos en diversos cuerpos normativos como las ordenanzas de las Cortes de Toro, citadas en el Capítulo I del presente trabajo de graduación, el Contrato de Arrendamiento de Criados Domésticos, y la actual normativa laboral; estos ordenamientos jurídicos han tenido la particularidad de regular el trabajo doméstico como un trabajo inferior o con estipulaciones especiales que ponen a dicho trabajador

en una situación desventajosa. Pero si por un lado encontramos una regulación pobre e inicua hacia el trabajador doméstico, por otro encontramos una exclusión expresa o tácita de las normas laborales que se dieron en nuestro país a lo largo del siglo XX. Como se ha dicho supra es evidente que al trabajador doméstico se le ve como un trabajador de categoría inferior, conjeturamos que aparte de dichas razones históricas también se debe a los orígenes sociales de este tipo de trabajador, muchos de ellos vienen de los estratos más pobres de la sociedad, no terminan sus estudios y se ven obligados a trabajar desde que son menores de edad en labores no especializadas, como lo son las labores del hogar; aunado a todo lo anterior, una cultura patronal de considerarse superior a su empleado, enorgulleciéndose de la capacidad del número de trabajadores domésticos a su servicio a la usanza de los aristócratas españoles de la edad media.

Vemos también consecuencias de las diferencias entre estos sectores, en la falta de tratamiento en los juzgados de lo laboral, puesto que al no tener conocimiento de cuáles son sus prestaciones, el trabajador doméstico difícilmente se aboca a dicha sede a exigirlos; siendo además las dos últimas causales de terminación del contrato de trabajo bastante subjetivas y difíciles de comprobar para el trabajador, consideramos que se encuentra éste en una situación de desventaja.

Comprobación de Hipótesis General. “Las diferencias entre el trabajador doméstico y el trabajador común, en lo referente a las prestaciones laborales, se encuentran principalmente en: la jornada de trabajo, el salario, el descanso semanal, los días de asueto, el aguinaldo, la estabilidad y consecuentemente la indemnización por despido injusto, la seguridad social, el pago de las horas extraordinarias de trabajo y las vacaciones”. Con las encuestas realizadas a los trabajadores domésticos y a sus patronos

se comprobó que las anteriores prestaciones no son otorgadas al trabajador doméstico y las que se otorgan tienen variables que vulneran sus derechos; en cuanto a la jornada de trabajo vemos que, según la historia, hubo toda una lucha para lograr que se establecieran 8 horas como jornada, el legislador en el Código no expresa que la jornada del trabajador doméstico será de más de 8 horas, pero al interpretar el artículo 80 del C.T. se evidencia que su jornada es de doce horas, a lo que la doctrina responde que se justifica por ser un régimen especial; concluimos que fue como lavarse las manos para no caer en una contradicción expresa, situación irónica, cuando vemos que el derecho del trabajo tiene un fin proteccionista para el trabajador, ante un sistema económico que puede consumirlo si no se interviene, por lo que consideramos que no se justifica la desigualdad.

Las horas extras no son reconocidas debido a la costumbre y cultura que se tiene respecto a este tipo de trabajador, aunque con la legislación existente si podrían otorgarse.

Los trabajadores domésticos, según los resultados de la investigación, tampoco reciben vacaciones anuales remuneradas, no porque la normativa no se las permita, sino porque el sistema no lo facilita, ya que la deficiencia radica en que: en nuestro medio al trabajador doméstico no se le proporciona la constancia de que habla el artículo 76 C.T., por lo que se le vuelve más difícil comprobar la titularidad de dicho derecho, dependiendo en su caso de la “confesión” de su patrono o de su avenimiento. Situación similar se da en el caso del aguinaldo, ya que para probar el tiempo trabajado si el contrato fuere verbal debería darse la constancia a la que se refiere el artículo 76 del C.T. y es lo que en la práctica generalmente no se hace.

En cuanto al salario, comprobamos que no se regula para el trabajador doméstico el Salario Mínimo, consideramos que es por la interpretación que se le ha dado al artículo 78 C.T, pero concluimos que no es impedimento

para que se le otorgue ya que el artículo 38 de la Constitución se lo garantiza.

En lo referente al Asueto, este tipo de trabajador está obligado a trabajar para el patrono los días de asueto si éste se lo ordena, no se establece ninguna razón más que la mera liberalidad del patrono, con la salvedad que en tales casos el trabajador doméstico tiene un recargo del 100% en su salario diario.

Al tratar el descanso semanal, se comprobó que sí es una prestación que en la práctica y conforme a ley se le otorga al trabajador doméstico; al analizar el descanso entre jornada y jornada diaria del que se habla en la doctrina, se encuentra la diferencia que el trabajador común tiene por lo general un descanso mínimo de doce horas, el cual será nocturno; y para el trabajador doméstico en teoría se le dan doce, pero a esas doce horas deben restársele las dos que debe destinar para sus comidas.

Es importante señalar que la información recolectada, es el reflejo no sólo de las distinciones legales, sino también del incumplimiento por parte del patrono de los derechos que les corresponden a los trabajadores domésticos y del desconocimiento de éstos respecto a las prestaciones laborales que les corresponden; aunado a que se encuentran en un régimen especial que los excluye de dichas prestaciones, puesto que los elementos recopilados en la investigación apuntan a que en esto se justifican para no conceder dichos derechos.

Comprobación de hipótesis I “Las diferencias que existen entre el trabajador doméstico y el trabajador común, en lo referente a las prestaciones laborales, genera inequidad.” Comprobamos esta hipótesis con los resultados de las encuestas y el estudio doctrinal realizado, por lo que concluimos que: **“Cuando el derecho entra en pugna con la justicia prevalece la justicia”**. La anterior frase se trae a cuenta porque al valorar la situación del trabajador doméstico, se observa que en comparación con el

trabajador común, el trabajador doméstico está en situación de desigualdad, pero esta desigualdad no busca favorecer al trabajador doméstico sino todo lo contrario, lo pone en una situación desventajosa respecto al goce de sus prestaciones laborales; sin embargo, aceptamos que debe tratarse desigual a lo desigual, pero toda vez que este trato de desigualdad puede dar cabida a una igualdad material en sus condiciones de vida y laborales en pro del trabajador, ya que no se puede dejar de lado las particularidades del trabajo doméstico, reconocido esto en el ámbito internacional, pero estas particularidades no deben de ir en menoscabo del trabajador.

Así pues encontramos justo que la legislación especial se modifique para generar equidad en el trato, siempre y cuando se logre mejorar la situación del trabajador doméstico.

Comprobación de hipótesis II “Al trabajador doméstico no le es reconocido su derecho al pago de horas extras en la normativa específica”

Esta hipótesis no se comprobó, debido a que, en la información de campo recopilada encontramos que el ocho por ciento de la muestra autoriza horas extras a sus empleadas domésticas, y al verificar la legislación actual que regula es trabajo doméstico, las horas extras tienen cabida según lo establecido en el artículo 80 C.T. ya que dispone que este trabajador descansará doce horas, lo que implica que las doce restantes son la jornada ordinaria diaria de trabajo, por lo que las horas extras se pueden reconocer en los siguientes casos: a) cuando el trabajador se exceda de las doce horas de su jornada ordinaria y b) cuando el patrono voluntariamente reduzca su número de horas de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

Por tanto, que no se le paguen o reconozcan las horas extras al trabajador doméstico no es porque la ley lo prohíba, o no lo regule sino porque por la cultura y la costumbre se le ha excluido de ese derecho.

Comprobación de la hipótesis III “La falta de atención por parte de los Organismos Estatales al trabajador doméstico, incide en la vulnerabilidad de este sector”

Con las respectivas encuestas suministradas tanto a trabajadores como a patronos, comprobamos que al no haber un control en la práctica sobre la regulación de este trabajo, se coopera con la exclusión del sector a las prestaciones o derechos regulados en la Ley; el Ministerio de Trabajo y Previsión Social los excluye de sus programas de protección de los derechos, puesto que en sus procedimientos de inspección en los centros de trabajo para observar si se cumplen dichas prestaciones no cubren a los trabajadores domésticos, no existe interés de parte de ninguna persona dentro de las instituciones públicas para que los trabajadores domésticos reciban las prestaciones laborales que les corresponden, y la falta de sanciones a los que no cumplen con las disposiciones legales y constitucionales referentes a proveer y velar por el cumplimiento de dichos derechos, coadyuva a la vulnerabilidad del sector.

Asimismo las entrevistas comprobaron que los casos en los que interviene el estado son pocos.

Comprobación de hipótesis IV “A mayor desconocimiento del trabajador doméstico de sus prestaciones laborales, mayor será la falta de demanda a sus derechos”

Con los resultados obtenidos de la investigación de campo se comprobó que un gran porcentaje de patronos y trabajadores no conocen la legislación que regula el trabajo doméstico, por lo que los trabajadores no exigen algo que desconocen si tiene aplicación para ellos, se comprobó comparando las respuestas de las preguntas que se refieren al conocimiento de la legislación que regula este trabajo, las prestaciones laborales que se conocen y las prestaciones laborales que se otorgan en el caso del patrono así como las que se reciben en el caso del trabajador doméstico.

Comprobación de hipótesis V “Los trabajadores domésticos que ganan menos del salario mínimo quedan desprotegidos, por ser excluidos del régimen especial del seguro social”. Esta hipótesis se comprobó mediante las entrevistas, en donde se analizaron las respuestas de los diferentes servidores públicos versados en la materia. Las opiniones fueron variadas, algunos consideraron que por el sistema Actuarial y Estadístico del Instituto Salvadoreño del Seguro Social se necesita un Salario de Referencia, en este caso el salario mínimo, convirtiéndose dicho requisito en meramente formal.

Comprobación de hipótesis VI “La falta de obligación de cotización de los múltiples patronos de un mismo trabajador doméstico, provoca la desigualdad en las obligaciones patronales”

Según lo comprobado en las encuestas, los patronos están en desacuerdo con el hecho de tener un trabajador doméstico a su servicio el cual no esté a su disposición a tiempo completo, y tener para con éste la obligación de cotizar cuando los otros patronos no lo hagan, consideramos que sería una excusa para no inscribirlo, mas el legislador previó dicha situación, porque la legislación referente a la seguridad social regula que el régimen aplicable al trabajador doméstico debe pactarse de común acuerdo con el patrono; por lo tanto, concluimos que no hay una desigualdad en las obligaciones patronales en lo que respecta a este punto y dicha hipótesis no fue comprobada.

Comprobación de hipótesis VII “Reformar las disposiciones jurídicas que afectan al trabajador doméstico respecto a sus prestaciones laborales, conllevaría a un mayor respeto de sus derechos”. Con el resultado de las encuestas comprobamos que el mayor porcentaje de encuestados concuerda en que: hay una desigualdad en el trato al trabajador doméstico con respecto del trabajador común, que no son otorgadas todas las prestaciones que se establecen para el trabajador común a los trabajadores domésticos, entre las cuales están: el descanso semanal, los días de asueto,

vacación anual remunerada, el aguinaldo, las indemnizaciones, el reconocimiento de horas extras, y que dicho trabajo se considera en una categoría inferior.

Uniendo los resultados de las encuestas y la entrevista, comprobamos que: no hay un involucramiento activo total, ni interés por parte de las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos de los trabajadores en lo que al sector doméstico se refiere; consideramos que, por ser su regulación un Régimen Especial Excluyente, no se respeta el cumplimiento de sus prestaciones laborales, por lo que toda reforma en la legislación secundaria que promueva un mejor trato para estos trabajadores conllevaría al mayor respeto de sus derechos.

El derecho se caracteriza por ser cambiante y estar acorde a la coyuntura de los países, con la inclusión del trabajador doméstico al seguro social, se ha dado un primer paso para el mejoramiento de sus condiciones laborales; el bienestar del trabajador no sólo debe de ser interés para él mismo, ya que mientras mejor disposición tenga para trabajar, mejor trabajo o resultados obtendrá el patrono, influyendo así en el dinamismo de la economía del país. Un Estado que interviene en las relaciones particulares de sus administrados equilibra las situaciones de abuso y exceso de poder de éstos para con los más vulnerables.

7.2 RECOMENDACIONES

- El Estado salvadoreño debe de ratificar el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual viene a ser el primer Convenio netamente pensado para el Trabajador Doméstico, y adecuar la legislación nacional a los parámetros de dicho convenio.
- Se debe de eliminar toda diferencia respecto a la Seguridad Social prestada por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, hacia el

Trabajador doméstico. El trabajador doméstico debe de gozar de todos los subsidios prestados por parte del Seguro Social.

- El Estado salvadoreño, así como las diferentes entidades públicas, deben de promover una campaña de educación gratuita al trabajador doméstico en donde se les enseñen sus derechos laborales y las ventajas de constituir asociaciones profesionales que defiendan al sector.
- Se debe establecer un Salario Mínimo para el Trabajador Doméstico, adecuándolo a sus particularidades, reconociendo que es un derecho constitucional del que goza todo trabajador.
- El Estado, en la medida de lo posible, deberá de generar condiciones para que los contratos laborales se celebren de forma escrita, cumpliendo con los requisitos legales para todo trabajador. En caso de preferirse o mantenerse el contrato verbal para algunos tipos de trabajadores, entre ellos el trabajador doméstico, se deben de establecer presunciones legales a favor de ellos, que operen en procesos laborales como prueba por presunciones.
- Se debe de establecer una jornada laboral de ocho horas para el trabajador doméstico, teniendo en mente la disposición constitucional respectiva.
- Se debe de proteger al trabajador doméstico por medio de las Administradoras de Fondos para Pensiones, estableciendo el reglamento respectivo que requiere la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en relación a las pensiones por Invalidez, Vejez y Muerte.
- Consideramos que dada la actual situación del Trabajador doméstico es imperativo eliminar el régimen especial para mejorar la protección de la que goza dicho trabajador, es decir que se rijan conforme al régimen común.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALEMAN PAEZ, F. y otros **“Derecho del Trabajo I”** Vicerrectorado de Planificación y Calidad de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera Edición, España, 2006.

ALLOCATI, A. **“Derecho del Trabajo, Derecho Individual y Derecho Colectivo, sus caracteres, en Derecho Colectivo Laboral”**, ediciones DEPALMA. BB.AA.1973.

ARDON ACOSTA, V. M., **“Despido por Causas Objetivas y Disciplinarias”**, primera edición, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1999.

BERTOZZI, V. **“CURSO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL”**, Tomo I, editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2003.

BERTRAND GALINDO, F. y otros, **“Manual de Derecho Constitucional”**, Tomo II, Talleres Gráficos UCA, primera edición, 1992, El Salvador, San Salvador.

CABANELLAS DE LAS TORRES, G. **“Compendio de Derecho Laboral”**, Tomo II, tercera edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1992.

CABANELLAS DE TORRES, G. **“Compendio de Derecho Laboral”** Tomo I, Tercera Edición, Editorial Helliasta, Argentina, 1992.

CABANELLAS DE TORRES, G. **“Compendio de Derecho Laboral”**, Actualizado por José N. Gómez Escalante, Tomo I, cuarta edición, Editorial Helliasta, Buenos Aires, Argentina, 1992.

CABANELLAS, G. **“Diccionario Enciclopédico de Derecho Laboral”**, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1992.

CISNEROS FARÍAS, G. **“500 Aforismos Jurídicos Vigentes”**, Investigación de Campo, Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza Nuevo León, Junio, 2002

DE BUEN LOZANO, N. y otros **“Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”**, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México Distrito Federal, México, 1997.

DE BUEN, L. N. **“Derecho del Trabajo”**, Tomo I, novena edición, actualizada y revisada, editorial Porrúa S. A, México, 1994.

DE DIEGO, J.A **“Manual de Derecho Laboral para Empresas: Con Actualización en Internet durante 12 meses”**, Errepart S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005.

DEL ROSARIO CHAVEZ, R., **“Derecho Individual del Trabajo”**, Universidad “Los Ángeles” de Chimbote / Sistema de Universidad Abierta, 2006, Chimbote, Perú.

FERREIROS, E. M. y otros; **“Servicio Doméstico”**, Ediciones del Norte, Buenos Aires, Argentina, 1989.

GARCIA FERNANDEZ, M. **“Manual de Derecho de Trabajo”**, Editorial Ariel, S.A Ariel Derecho, Primera Edición, Barcelona, España. 1990.

GARCÍA, M. A. **“Derecho del Trabajo”**, Sin Edición, Editorial JT, Barcelona, 1960.

IGLESIAS MEJIA, S., **“Guía para la Elaboración de Trabajos de Investigación, Monográfico o Tesis”**, Editorial Universitaria, Serie Biblioteca Académica, Quinta Edición, San Salvador, El Salvador, 2006.

MENDIETA Y NUÑEZ, L. **“El Derecho Social”**, Editorial Porrúa. S.A., México. D.F., México, 1980.

NAJÚN ZARAZAGA, A. R. **“Manual de Derecho del Trabajo, Individual, Colectivo y de la Seguridad y Previsión Social”**, segunda edición, La Ley S.A.E e I., Buenos Aires, Argentina, 2007.

OSSORIO, M. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”**, actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, 27 edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2000

OSSORIO, M. Y OTROS. **“Enciclopedia Jurídica Omeba”**, tomo XXIII, editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1986

PÉREZ, B. **“Derecho del Trabajo”**, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1983.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, **“Código Civil de la República del Salvador en Centro América”**, Edición del Centenario, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1960.

TESIS

ALFARO PÉREZ, L. E, y otros **“La Violación de los Derechos Laborales en Aplicación de la Subcontratación de los trabajadores en el año 2009”**, Tesis, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010.

BAIZA G. A., **“LOS SUJETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO”**, Tesis doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1971.

GARCÍA CUBIAS, H. R.; y otros; **“La falta de protección de la legislación laboral salvadoreña en las trabajadoras domésticas”**, tesis, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2003.

GUZMÁN, C. B.; **“La Extensión y Naturaleza de los Derechos de los Trabajadores Domésticos Determinados por el Código de Trabajo de acuerdo con las condiciones y peculiaridades de dicho trabajo en la Colonia Miralvalle del municipio de San Salvador, durante el período de Enero a Septiembre de 2006”**, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador.

HENRIQUEZ DOMINGUEZ, A. E., **“Los Sujetos del Derecho del Trabajo”**, Tesis Doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 1970.

MANCIA ZEPEDA D.C., **“El Pago del Salario y otras Prestaciones Laborales a las Trabajadoras de la Industria Maquilera de la Confección Textil”**, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2006.

RODRÍGUEZ AUÉRBACH, J. A.; **“El Trabajo Doméstico en el Código de Trabajo”**, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1980.

SARAVIA BENAVIDES, J. H., **“Derecho del Trabajo, Naturaleza Jurídica, Características, Objeto y Fines”**, Tesis Doctoral, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1971.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convenio número 12 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 12 de Noviembre de 1911 y ratificado por El Salvador el 11 de Octubre de 1955.

Convenio número 104 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 21 de Junio de 1955 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre de 1958.

Convenio número 105 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1957 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre de 1958.

Convenio número 107 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1957 y ratificado por El Salvador el 18 de Noviembre 1958.

Convenio número 159 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 20 de Junio de 1983 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 471 del 17 de Septiembre de 1986, publicado en el Diario Oficial número 177, Tomo 292 del 25 de Septiembre de 1986.

Convenio número 160 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1985 y ratificado por El Salvador el 24 de Abril de 1987.

Convenio número 29 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de Junio de 1930 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 81 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 11 de Julio de 1947 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 88 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1948 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 77 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Octubre de 1946 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 78 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Octubre de 1946 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 99 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de Junio de 1951 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 111 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1958 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 122 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1964 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 129 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 25 de Junio de 1969 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 131 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 22 de Junio de 1970 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 141 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1975 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 142 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1975 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1995.

Convenio número 138 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1973 y ratificado por El Salvador el 23 de Enero de 1996.

Convenio número 144 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 21 de Junio de 1976 y ratificado por El Salvador el 15 de Junio de 1996.

Convenio número 100 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 29 de Junio de 1951 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000.

Convenio número 155 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 22 de Junio de 1981 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000.

Convenio número 156 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1981 y ratificado por El Salvador el 12 de Octubre de 2000.

Convenio número 182 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 17 de Junio de 1999 y ratificado por El Salvador 12 de Octubre de 2000.

Convenio número 150 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1978 y ratificado por El Salvador el 2 de Febrero de 2001.

Convenio número 87 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 9 de Julio de 1948 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 74 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial Número 159 Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006.

Convenio número 98 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 1 de Julio de 1949 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 75 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial número 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006.

Convenio número 135 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 23 de Junio de 1971 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 76 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial número 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006.

Convenio número 151 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de Junio de 1978 y ratificado por El Salvador por medio del Decreto Legislativo número 77 del 24 de Agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial número 159, Tomo 372 del 29 de Agosto de 2006

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley de Botiquines, D.L. No. 75 del 20 de Julio de 1935 y publicado en el D.O. del 26 de Julio de 1935.

Ley de Creación del Departamento Nacional del Trabajo, D.L. No. 321 del 12 de Enero de 1946, publicado en el D.O. del 15 de Enero de 1946.

Ley General sobre Conflictos Colectivos de Trabajo, D.L. No. 322 del 12 de Enero de 1946, publicado en el D.O. del 15 de Enero de 1946.

Ministerio de Trabajo, D.L. No. 134 del 14 de Octubre de 1946, publicado en el D. O. del 22 de Octubre de 1946.

Ley sobre Reglamentación Interna de Trabajo en Empresas y Establecimientos Comerciales e Industriales, D.E. No. 158 del 1 de Junio de 1949, publicado en el D.O. del 3 de Junio de 1949.

Ley del Seguro Social, Decretada por el Consejo de Gobierno Revolucionario, el 28 de Septiembre de 1949 y publicada en el D.O. del 30 de Septiembre de 1949.

Ley Especial de Procedimientos para Conflictos Individuales de Trabajo, D.E. No. 330 del 29 de Septiembre de 1949, publicado en el D.O. del 30 de Septiembre de 1949.

Ley de Sindicatos de Trabajadores, D.E. No. 728 del 9 de Agosto de 1950, publicado en el D.O. No. 171, Tomo 149.

Ley de Inspección de Trabajo, D.E. No. 816 del 11 de Septiembre de 1950, publicado en el D.O. del 11 de Septiembre de 1950.

Ley de Botiquines, D.E. No. 830 del 12 de Septiembre de 1950, publicado en el Diario Oficial del 13 de Septiembre de 1950.

Ley de Trabajo para el Gremio de Peluqueros, D.E. No. 844 del 13 de Septiembre de 1950, publicado en el D.O. del 13 de Septiembre de 1950.

Ley de Jornadas de Trabajo y de Descanso Semanal, D.L. No. 128 del 22 de Enero de 1951, publicado en el D.O. del 1 de Febrero de 1951.

Ley de Sindicatos de Trabajadores, D.L. No. 353 del 13 de Agosto de 1951, publicado en el D.O. del 24 de Agosto de 1951.

Ley de Asuetos, D.L. No. 387 del 30 de Agosto de 1951, publicado en el D.O. del 6 de Septiembre de 1951.

Ley de Aguinaldos, D.L. No. 516 del 6 de Diciembre de 1951, publicado en el D.O. del 10 de Diciembre de 1951

Ley Orgánica del Ministerio Público, D.L. No. 603 del 4 de Marzo de 1952, publicado en el D.O. No. 54, Tomo 154 del 18 de Marzo de 1952.

Ley de Contratación Colectiva, D.L. No. 630 del 27 de Marzo de 1952, publicado en el D.O. del 17 de Abril de 1952.

Ley de Contratación Individual de Trabajo, D.L. No. 981 del 19 de Marzo de 1943, publicado en el D.O. del 10 de Abril de 1953.

Ley de Vacaciones, D.L. No. 1221 del 11 de Noviembre de 1953, publicado en el D.O. del 18 de Noviembre de 1953.

Ley del Seguro Social, D.L. No. 1263 del 3 de Diciembre de 1953, publicado en el D.O. No. 226, Tomo 161, del 11 de Diciembre de 1953.

Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social, D.E. No. 37 del 10 de Mayo de 1954, publicado en el D.O. No. 88, Tomo No. 163 del 12 de Mayo de 1954.

Ley de Riesgos Profesionales, D.L. No. 2118 del 24 de Mayo de 1956 y publicado en el D.O. No. 115, Tomo 171 del 20 de Junio de 1956.

Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo, D.L. No. 2171 del 25 de Julio de 1956 y publicado en el D.O. No. 142, Tomo 172 del 30 de Julio de 1956.

Código de Trabajo, D.L. No. 241 del 22 de Enero de 1963, publicado en el D.O. No. 22, Tomo 198 del 1 de Febrero de 1963.

Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, D.E. No. 117 del 25 de Septiembre de 1968, y publicado en el D.O. No. 240, Tomo No. 221 del 20 de Diciembre de 1968.

Código de Trabajo, D.L. No. 15 del 23 de Junio de 1972, publicado en el D.O. No. 142, Tomo 236, del 31 de Julio de 1972.

Constitución de la República de El Salvador de 1983, D. C. No 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. No 234, Tomo 281, del 16 de Diciembre de 1983.

Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, D.L. No. 927 del 20 de Diciembre de 1996, publicado en el D.O. No, 243, Tomo No, 333 del 23 de Diciembre de 1996.

Reglamento de Creación y Aplicación del Régimen Especial de Salud y Maternidad para los Trabajadores Domésticos, D.E. No. 74 del 31 de Mayo de 2010, y publicado en el D.O. No. 101, Tomo No. 387 de 1 de Junio de 2010.

PAGINAS WEB

Artículo de Opinión de la OIT denominado **“La mano invisible del Trabajo Doméstico”** <http://www.oit.org>. Revisado el 18 de agosto de 2011.

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 189. Adoptado el 16 de junio de 2011, en la cesión de la conferencia número 100, Ginebra, Suiza. <http://www.ilo.org>

Convenio No 24: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>. Revisado el 21 de Julio de 2011.

<http://aczelic.com/laboral/despido/despido.htm>. Revisado el 5 de Febrero de 2012.

http://es.wikipedia.org/wiki/Enfermedad_infecciosa. Revisado el 6 de Febrero de 2012.

<http://html.rincondelvago.com/derecho-laboral-en-republica-dominicana.html>. Revisado el 3 de Diciembre de 2011.

<http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/d00475de7590b44d06256937000d8863/771ac589cbcc92448625723c005482df?OpenDocument>. Revisado el 5 de Diciembre de 2011.

<http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/7c2626866f2b32d8862564ca0060e399?OpenDocument>. Revisado el 8 de Noviembre de 2011.

<http://www.definicion.org/prestaciones-laborales>. Revisado el 3 de Diciembre de 2011.

<http://www.diariocolatino.com/es/20110120/opiniones/88640/>. Revisado el 6 de Diciembre de 2011.

http://www.emprefiscal.com.mx/revista/paf/2004/ago04/356/r354-05_2.pdf. Revisado el 3 de Diciembre de 2011.

<http://www.e-torredabel.com/Psicologia/Vocabulario/Metodo-Hipotetico-Deductivo.htm>. Revisado el 1 de Febrero de 2012.

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C189>. Revisado el 5 de Diciembre de 2011.

<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>. Revisado el 5 de Diciembre de 2011.

<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>. Revisado el 30 de Noviembre de 2011.

http://www.mtps.gob.sv/images/phocadownload/Documentos/DiariosOficiales/tarifas_salarios_minimos.pdf. Revisado el 6 de Diciembre de 2011.

http://www.mtps.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=103&Itemid=140. Revisado el 25 de Noviembre de 2011.

http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2463:l-a-mano-invisible-del-trabajo-doméstico&catid=200:oficina-del-director.
Revisado el 6 de Diciembre de 2011.

<http://www.wordreference.com/definicion/asueto>. Revisado el 6 de Diciembre de 2011.

Informe de la OIT denominado **“Un Nuevo Convenio de la OIT para los Trabajadores Domésticos”**, <http://www.rel-uita.org/laboral/com> Revisada el 18 de Julio del año 2011.

Informe de la OIT denominado: **“Trabajo Decente para los Trabajadores Domésticos”**, <http://www.oit.org.pe/index..> Revisada el 20 de Julio del año 2011.

Ratificaciones del Convenio No.24: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C024>. Revisado el 21 de Julio de 2011.

SENTENCIAS

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de Marzo de 2006. Casación Ref. 280-C-2005.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Diciembre de 2007, de la Casación con número de referencia: 128-C-2005.

Sentencia del 16 de octubre de 2007, del Recurso de Inconstitucionalidad con número de referencia 63-2007/69-2007.

Sentencia del 1 de Diciembre de 2005, del Recurso de Casación con numero de referencia 203-C-2005.

Sentencia del 19 de julio de 2004, del Recurso de Casación con numero de Referencia 520 Ca. 2ª Lab. Art. 6 C.T.

Sentencia del 2 de mayo de 2007, del Recurso de Casación con número de Referencia 162-C-2004. Art. 6 C.T.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Marzo de 2007, del Proceso de Inconstitucionalidad con número de referencia 26-2006 Art. 38 Ord. 1º Cn.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de Marzo de 2007, en el proceso de Inconstitucionalidad con número de referencia I-26-2006 Arts. 38 Ord. 3º Cn 1438 Ord. 4º, 1525 y 2142 CC.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 2 de Octubre de 2000, del proceso de Casación con numero de referencia 338-2000 Art. 29 fracción 1º, 31, 119, 127 y 128 C. de T.

Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 12 de Marzo del 2007, en el Proceso de Inconstitucionalidad con número de referencia I-26-2006.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de Marzo de 2006, en el proceso de Casación con número de referencia 280-C-2005.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de Octubre de 2003, del proceso de Casación con número de referencia 114 U.S. Art. 202 C.T.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de Septiembre de 2002, del proceso de Casación con número de referencia 348 Ca. 2° Lab.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 19 de Marzo de 2002, en el proceso de Casación con número de referencia 412 Ca. 2° Lab. Arts. 200 y 201 C.T.

Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de Abril de 2002, por el Recurso de Casación con número de referencia 405 Ca. 2° Lab. Arts. 50 y 610 C.T.

ANEXOS.

Anexo 1

C24 Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927

Convenio relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 25 mayo 1927 en su décima reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico, cuestión que está comprendida en el primer punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha quince de junio de mil novecientos veintisiete, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927, y que será sometido a la ratificación de los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo:

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a implantar el seguro de enfermedad obligatorio, en condiciones por lo menos equivalentes a las previstas en el

presente Convenio.

Artículo 2

1. El seguro de enfermedad obligatorio se aplicará a los obreros, empleados y aprendices de las empresas industriales y de las empresas comerciales, a los trabajadores a domicilio y al servicio doméstico.

2. Sin embargo, cada Miembro podrá establecer en su legislación nacional las excepciones que estime necesarias respecto a:

a) los empleos temporales cuya duración no alcance el límite que fije la legislación nacional, los empleos irregulares ajenos a la profesión o a la empresa del empleador, los empleos ocasionales y los empleos accesorios;

b) los trabajadores cuyos salarios o ingresos superen el límite que fije la legislación nacional;

c) los trabajadores que no reciban remuneración en metálico;

d) los trabajadores a domicilio cuyas condiciones de trabajo no puedan ser asimiladas a las de los asalariados;

e) los trabajadores que no hayan alcanzado o que hayan sobrepasado los límites de edad que fije la legislación nacional;

f) los miembros de la familia del empleador.

3. También podrán ser exceptuadas de la obligación del seguro de enfermedad las personas que en virtud de las leyes, los reglamentos o un estatuto especial tengan derecho, en caso de enfermedad, a beneficios por lo menos equivalentes en su conjunto a los previstos en el presente Convenio.

4. El presente Convenio no se aplica a la gente de mar ni a los pescadores, cuyo seguro de enfermedad podrá ser objeto de una decisión ulterior de la Conferencia.

Artículo 3

1. El asegurado que sea incapaz de trabajar a consecuencia del estado anormal de su salud física o mental tendrá derecho a una indemnización en metálico por lo menos durante las primeras veintiséis semanas de incapacidad contadas a partir del primer día en que perciba la indemnización.

2. La concesión de la indemnización podrá estar sujeta al cumplimiento, por el asegurado, de un período de prueba y a la expiración de un plazo de espera de tres días como máximo.

3. La indemnización podrá ser suspendida:

a) cuando el asegurado reciba por la misma enfermedad, en virtud de la ley, otra indemnización; la suspensión será total o parcial, según sea la subvención equivalente o inferior a la indemnización prevista por el presente artículo;

b) durante todo el tiempo que el asegurado no sufra, por el hecho de su incapacidad, una pérdida en sus ingresos normales del trabajo, o cuando se mantenga a expensas del seguro o del tesoro público; sin embargo, la suspensión de la indemnización será sólo parcial cuando el asegurado así mantenido tenga cargas de familia;

c) durante todo el tiempo que el asegurado se niegue a observar, sin justa causa, las prescripciones médicas y las instrucciones relativas a la conducta de los enfermos o se substraiga, sin autorización y voluntariamente, al control de la institución de seguro.

4. La indemnización podrá ser reducida o suprimida en caso de enfermedad motivada por una falta voluntaria del asegurado.

Artículo 4

1. El asegurado tendrá derecho gratuitamente, desde el principio de la enfermedad y, por lo menos, hasta la expiración del período previsto para la concesión de la indemnización por enfermedad, al tratamiento de un médico debidamente calificado, y al suministro de medicamentos y medios terapéuticos suficientes y de buena calidad.

2. Sin embargo, se podrá pedir al asegurado una participación en los gastos de la asistencia en las condiciones que fije la legislación nacional.

3. La asistencia médica podrá ser suspendida durante todo el tiempo que el asegurado se niegue, sin justa causa, a conformarse a las prescripciones médicas y a las instrucciones relativas a la conducta de los enfermos, o muestre negligencia en el uso de los medios puestos a su disposición por la institución de seguro.

Artículo 5

La legislación nacional podrá autorizar o prescribir la asistencia médica a los miembros de la familia del asegurado que vivan en su casa y estén a su cargo y determinará las condiciones en que esta asistencia puede concederse.

Artículo 6

1. El seguro de enfermedad deberá ser administrado por instituciones autónomas que estarán sujetas al control administrativo y financiero de los poderes públicos y no podrán perseguir ningún fin lucrativo. Las instituciones que se hayan fundado por iniciativa privada deberán estar reconocidas por

los poderes públicos.

2. Los asegurados deberán participar en la administración de las instituciones autónomas de seguro, en las condiciones que determine la legislación nacional.

3. Sin embargo, la administración del seguro de enfermedad podrá ser asumida directamente por el Estado durante todo el tiempo que la administración por instituciones autónomas resulte difícil, imposible o inadecuada, a consecuencia de las condiciones nacionales y, particularmente, a consecuencia del insuficiente desarrollo de las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores.

Artículo 7

1. Los asegurados y sus empleadores deberán contribuir a la formación de la caja del seguro de enfermedad.

2. La legislación nacional podrá decidir sobre la contribución financiera de los poderes públicos.

Artículo 8

El presente Convenio no limita en modo alguno las obligaciones que se derivan del Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su primera reunión.

Artículo 9

El asegurado gozará del derecho de recurso en caso de litigio sobre su derecho a prestaciones.

Artículo 10

1. Los Estados que cuentan con vastos territorios muy poco poblados podrán abstenerse de aplicar las disposiciones del presente Convenio en aquellas regiones de su territorio en las que, a consecuencia de la débil densidad y dispersión de la población y de la insuficiencia de medios de comunicación, sea imposible organizar el seguro de enfermedad de conformidad con este Convenio.

2. Los Estados que deseen prevalerse de la excepción que se establece en este artículo deberán notificarlo al comunicar la ratificación formal del Convenio al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. También deberán dar a conocer a la Oficina Internacional del Trabajo las regiones a las que se aplicará la excepción y los motivos de esta decisión.

3. En Europa, solamente Finlandia podrá invocar la excepción prevista en este artículo.

Artículo 11

Las ratificaciones formales del presente Convenio, de acuerdo con las condiciones establecidas por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 12

1. Este Convenio entrará en vigor noventa días después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo hayan sido registradas por el Director General.

2. Sólo obligará a los Miembros cuya ratificación haya sido registrada en la Oficina Internacional del Trabajo.

3. Posteriormente, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro,

noventa días después de la fecha en que su ratificación haya sido registrada en la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 13

Tan pronto como las ratificaciones de dos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo hayan sido registradas en la Oficina Internacional del Trabajo, el Director General de la Oficina notificará el hecho a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Igualmente les notificará el registro de las ratificaciones que le comuniquen posteriormente los demás Miembros de la Organización.

Artículo 14

A reserva de las disposiciones del artículo 12, todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 a más tardar el 1 de enero de 1929, y a tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de estas disposiciones.

Artículo 15

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicarlo en sus colonias, posesiones o protectorados, de acuerdo con las disposiciones del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo 16

Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no

surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado en la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 17

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 18

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas

Anexo 2

C189 Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 1.º de junio de 2011 en su centésima reunión;

Consciente del compromiso de la Organización Internacional del Trabajo de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa;

Reconociendo la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países;

Considerando que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos;

Considerando también que en los países en desarrollo donde históricamente ha habido escasas oportunidades de empleo formal los trabajadores domésticos constituyen una proporción importante de la fuerza de trabajo nacional y se encuentran entre los trabajadores más marginados;

Recordando que los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos, a menos que se disponga otra cosa;

Observando la especial pertinencia que tienen para los trabajadores domésticos el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones

complementarias), 1975 (núm. 143), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2006);

Reconociendo las condiciones particulares en que se efectúa el trabajo doméstico, habida cuenta de las cuales es conveniente complementar las normas de ámbito general con normas específicas para los trabajadores domésticos, de forma tal que éstos puedan ejercer plenamente sus derechos;

Recordando otros instrumentos internacionales pertinentes, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y en particular su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, así como su Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha dieciséis de junio de dos mil once, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011.

Artículo 1

A los fines del presente Convenio:

a) la expresión **trabajo doméstico** designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos;

b) la expresión **trabajador doméstico** designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo;

c) una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico.

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todos los trabajadores domésticos.

2. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa celebración de consultas con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan, excluir total o parcialmente de su ámbito de aplicación a:

a) categorías de trabajadores para las cuales esté previsto otro tipo de protección que sea por lo menos equivalente; y

b) categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se planteen problemas especiales de carácter sustantivo.

3. Todo Miembro que se acoja a la posibilidad prevista en el párrafo anterior deberá, en la primera memoria relativa a la aplicación de este Convenio que presente con arreglo al artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, indicar toda categoría particular de trabajadores que se haya excluido en virtud del citado párrafo anterior, así como las razones de tal exclusión, y en las memorias subsiguientes deberá especificar todas las medidas que hayan podido tomarse con el fin de extender la aplicación del presente Convenio a los trabajadores interesados.

Artículo 3

1. Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio.

2. Todo Miembro deberá adoptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en el presente Convenio para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber:

a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

3. Al adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos y los empleadores de los trabajadores domésticos disfruten de la libertad sindical y la libertad de asociación y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, los Miembros deberán proteger el derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas.

Artículo 4

1. Todo Miembro deberá fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos compatible con las disposiciones del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), edad que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general.

2. Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional.

Artículo 5

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

Artículo 6

Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad.

Artículo 7

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, que incluyan en particular:

- a) el nombre y los apellidos del empleador y del trabajador y la dirección respectiva;
- b) la dirección del lugar o los lugares de trabajo habituales;
- c) la fecha de inicio del contrato y, cuando éste se suscriba para un período específico, su duración;
- d) el tipo de trabajo por realizar;
- e) la remuneración, el método de cálculo de la misma y la periodicidad de los pagos;
- f) las horas normales de trabajo;
- g) las vacaciones anuales pagadas y los períodos de descanso diarios y semanales;
- h) el suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda;
- i) el período de prueba, cuando proceda;
- j) las condiciones de repatriación, cuando proceda; y

k) las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador.

Artículo 8

1. En la legislación nacional se deberá disponer que los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo señaladas en el artículo 7, antes de cruzar las fronteras nacionales con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato.

2. La disposición del párrafo que antecede no regirá para los trabajadores que tengan libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o en el marco de organizaciones de integración económica regional.

3. Los Miembros deberán adoptar medidas para cooperar entre sí a fin de asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio a los trabajadores domésticos migrantes.

4. Todo Miembro deberá especificar, mediante la legislación u otras medidas, las condiciones según las cuales los trabajadores domésticos migrantes tienen derecho a la repatriación tras la expiración o terminación del contrato de trabajo en virtud del cual fueron empleados.

Artículo 9

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos:

a) puedan alcanzar libremente con el empleador o empleador potencial un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan;

b) que residen en el hogar para el que trabajan no estén obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los períodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales;
y

c) tengan derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad.

Artículo 10

1. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.
2. El período de descanso semanal deberá ser al menos de 24 horas consecutivas.
3. Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deberán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional.

Artículo 11

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo.

Artículo 12

1. Los salarios de los trabajadores domésticos deberán pagárseles directamente en efectivo, a intervalos regulares y como mínimo una vez al mes. A menos que la modalidad de pago esté prevista en la legislación nacional o en convenios colectivos, el pago podrá efectuarse por transferencia bancaria, cheque bancario, cheque postal o giro postal o por otro medio de pago monetario legal, con el consentimiento del trabajador interesado.
2. En la legislación nacional, en convenios colectivos o en laudos arbitrales se podrá disponer que el pago de una proporción limitada de la remuneración de los trabajadores domésticos revista la forma de pagos en especie no menos favorables que los que rigen generalmente para otras categorías de trabajadores, siempre y cuando se adopten medidas para asegurar que los

pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador, que se destinen a su uso y beneficio personal, y que el valor monetario que se atribuya a los mismos sea justo y razonable.

Artículo 13

1. Todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Todo Miembro, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan.

Artículo 14

1. Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan.

Artículo 15

1. Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá:

a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales;

b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos;

c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos;

d) considerar, cuando se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y

e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.

2. Al poner en práctica cada una de las disposiciones de este artículo, todo Miembro deberá celebrar consultas con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan.

Artículo 16

Todo Miembro deberá adoptar medidas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de asegurar que todos los trabajadores domésticos, ya sea en persona o por medio de un representante, tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de

conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general.

Artículo 17

1. Todo Miembro deberá establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores domésticos.

2. Todo Miembro deberá formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, en conformidad con la legislación nacional.

3. En la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas se deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad.

Artículo 18

Todo Miembro, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, deberá poner en práctica las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación y de convenios colectivos o de otras medidas adicionales acordes con la práctica nacional, extendiendo o adaptando medidas existentes a fin de aplicarlas también a los trabajadores domésticos o elaborando medidas específicas para este sector, según proceda.

Artículo 19

El presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores domésticos en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

Artículo 20

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 21

1. El presente Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. El Convenio entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, el presente Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación.

Artículo 22

1. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, contado a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no invoque el derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años y, en lo sucesivo, podrá denunciar este Convenio durante el primer año de cada nuevo período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 23

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de todas las ratificaciones y denuncias que le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General señalará a la atención de los Miembros de la Organización la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 24

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, para su registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones y denuncias que haya registrado.

Artículo 25

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de inscribir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 26

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión del presente Convenio, y a menos que en el nuevo convenio se disponga otra cosa:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata del presente Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 22, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. El presente Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 27

Las versiones inglesa y francesa del texto del presente Convenio son igualmente auténticas.



Anexo 3

CUESTIONARIO PARA TRABAJADORES DOMÉSTICOS.

Estimado(a) Entrevistado(a), se realiza un estudio sobre el trabajo domestico, usted ha sido seleccionado para brindar información, le agradecemos contestar lo que se le pide. ¡No es necesario su nombre!

1. ¿Qué edad tiene?

2. ¿Tiempo que tiene de trabajar?

3. ¿Tiempo que tiene de trabajar para su actual patrono?

4. ¿Se ha mantenido más tiempo como trabajador doméstico con otro patrono, si es así, cuánto tiempo ha sido?

a) Sí

b) No

5. ¿Conoce usted los derechos del trabajador doméstico?

a) Sí. _____

b) No.



6. ¿Qué tanto conoce estos derechos?
- a) Nada b) Poco c) Mucho.
7. ¿Considera usted que se le otorgan al trabajador doméstico, las mismas prestaciones laborales que tienen otros trabajadores?
- a) Sí. b) No.
8. Marque las prestaciones laborales que a usted como trabajador doméstico se le otorgan:
- a) Salario igual o mayor de \$ 193.00
- b) Pensión por incapacidad.
- c) Horas extras.
- d) Asueto.
- e) Aguinaldo.
- f) Prestación por maternidad.
- g) Descanso nocturno no interrumpido de 10 horas.
- h) Ninguno
9. ¿De las siguientes Instituciones, cuáles cree usted que velan por los derechos del trabajador doméstico?



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR,
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACION



- a) Ministerio de Trabajo. b) Procuraduría General de la República.
c) Juzgados. d) Ninguna de las anteriores. d) Todas las anteriores.

10. ¿Considera que se le ha proporcionado la información suficiente sobre sus derechos?

- a) Sí. b) No.

¿Por qué? _____

11. ¿Cotiza usted al seguro social?

- a) Sí. b) No.

12. ¿Para usted, la afiliación al seguro social debe ser obligatoria o voluntaria?

13. ¿Sabe usted qué prestaciones facilita el Seguro Social al trabajador doméstico?

- a) Sí. b) No.

14. ¿Considera que con la actual situación del trabajador doméstico se violentan sus derechos?



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR,

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACION



a) Sí.

b) No.

15. ¿Se le ha violentado a usted algún derecho? Si la respuesta es sí, mencione que derecho o derechos han sido.

a) Sí.

b) No.

Cuáles _____

16. ¿Alguna recomendación o sugerencia, que sobre el tema, podría proporcionar?



Anexo 4

CEDULA DE ENTREVISTA PARA SERVIDORES PÚBLICOS.

San Salvador, _____ (poner fechas en números) _____
(poner hora en número).

Buenos días (o tardes según el caso),
_____ (nombre del entrevistado), me llamo _____ (nombre del entrevistador), se le desea éxitos en sus labores cotidianas; así mismo le exponemos que como parte de uno de los instrumentos específicos a utilizar para nuestro trabajo de grado “LAS PRESTACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR DOMESTICO EN EL SALVADOR”, hemos procedido a crear la presente CEDULA DE ENTREVISTA, con la que pretendemos explorar las opiniones que su digna autoridad tiene respecto al tema; por lo que agradeciendo el tiempo prestado, sin más preámbulo procedemos a realizarla:

1. ¿En dónde trabaja? _____
2. En su trabajo ¿Qué cargo ejerce? _____
3. La institución donde labora, ¿ejerce algún control respecto a la temática que nos ocupa?

-
4. ¿Qué control ejerce dicha institución respecto a la temática anteriormente mencionada? (Nota: hacer esta pregunta solo si la respuesta anterior es afirmativa)



5. Como servidor público ¿Cómo trata los casos donde existe ambigüedad en cuanto al otorgamiento de las prestaciones laborales?

6. Según su opinión ¿Cuál es la situación general del trabajador doméstico?

7. Según su opinión ¿Cuál es la situación legal del trabajador doméstico?

8. ¿Es eficaz la legislación laboral actual respecto al trabajador doméstico?

9. ¿Qué sugerencia daría usted para mejorar la situación legal y general del trabajador doméstico en El Salvador?

10. Como servidor público de experiencia ¿existe interés estatal por este sector?

11. ¿Cómo calificaría la atención brindada por los organismos estatales a este sector?



12. ¿Es necesario un nuevo enfoque para proteger a este sector?

13. El nuevo gobierno, presidido por el Ciudadano Carlos Mauricio Funes Cartagena promulgo el 31 de mayo del 2010 el “REGLAMENTO DE CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SALUD Y MATERNIDAD PARA LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS” en donde entre otras cosas regula en su artículo 6 inciso primero: “Para los efectos de este Reglamento y de la Ley del Seguro Social, se considera como remuneración afecta a este Régimen Especial, el salario pactado por unidad de tiempo o de cualquier otra forma contemplada en la ley, pagado en forma mensual, en moneda de curso legal, el cual no podrá ser menor al salario mínimo vigente para el comercio y servicios”. De la disposición en comento, ¿Cuál es su interpretación?

14. En relación con la pregunta anterior, como estudiantes desarrollando el trabajo de grado antes mencionado, damos la siguiente interpretación: “El trabajador doméstico que gane menos del salario mínimo está excluido del régimen especial del seguro social”. ¿comparte dicha interpretación? Ya sea su respuesta afirmativa como negativa, por favor explique por qué.

15. En el artículo 2 inciso cuarto, del referido reglamento, se regula la multiplicidad de patrones del trabajador doméstico. En dicha norma no



se establece la obligación de cotización para todos estos, de hecho la norma establece que al menos con la cotización de uno de ellos le da derecho al trabajador doméstico para disfrutar de este régimen especial. En su opinión ¿Debe obligarse a todos los patrones del trabajador doméstico a cotizar al seguro social, teniendo en mente no causar desigualdad?

16. ¿Debe ser obligatorio el seguro social para el trabajador doméstico?

Si No Cualquiera sea la respuesta. Diga ¿Por qué?

17. Los trabajadores domésticos en nuestro país gozan de derechos y prestaciones de carácter laboral. ¿las concede?

18. ¿Existe igualdad en la aplicación de estas prestaciones laborales?

Si No Cualquiera sea la respuesta. Diga ¿Por qué?

19. ¿Se violan los derechos de los trabajadores domésticos? si su respuesta es afirmativa ¿Cómo son violados estos? Si No

20. Según su experiencia ¿Existe desconocimiento de las normas que protegen al trabajador doméstico y que regulan sus prestaciones laborales? Si No



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR,



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACION

21. ¿Demanda el trabajador doméstico el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones laborales del patrono? Si No

22. Nuestro trabajo de grado versa sobre la posibilidad de eliminar las diferencias en cuanto a la aplicación de las prestaciones laborales, es decir lograr que se apliquen las mismas prestaciones laborales aplicables al trabajador común. Al respecto, ¿considera usted que pueda haber una supresión de las diferencias en la aplicación de dichas prestaciones laborales?

23. Finalmente ¿Considera conveniente dicha supresión? Si No

24. ¿Alguna sugerencia o recomendación, que sobre el tema, podría proporcionarnos?



Anexo 5

CUESTIONARIO PARA PATRONOS DE TRABAJADORES DOMÉSTICOS.

Estimado(a) Entrevistado(a), se realiza un estudio sobre el trabajo doméstico, usted ha sido seleccionado para brindar información, le agradecemos contestar lo que se le pide. ¡No es necesario su nombre!

- 1) ¿Por cuánto tiempo tiene a su disposición a su trabajador doméstico?
 - a) Todo el día prestando habitación y alimento.
 - b) Por horas. Si es así ¿cuántas horas? _____

- 2) ¿Conoce usted las prestaciones laborales de los trabajadores doméstico?
 - a) Sí.
 - b) No.

- 3) ¿Qué prestaciones laborales le facilita a su empleado?
 - a) Salario igual o mayor de \$ 193.00
 - b) Descanso semanal.
 - c) Seguro social.
 - d) Horas extras.
 - e) Asueto.
 - f) Aguinaldo.



- g) Prestación por maternidad.
- h) Descanso nocturno no interrumpido de 10 horas.
- i) Ninguna.

4) ¿Cuántas veces lo ha visitado un inspector de trabajo?

5) ¿Considera usted que deberían otorgarse al trabajador doméstico las mismas prestaciones que al trabajador común?

a) Sí.

b) No.

¿Por qué? _____

6) ¿De las siguientes Instituciones, cuáles cree usted que velan por los derechos del trabajador doméstico?

a) Ministerio de Trabajo. b) Procuraduría General de la República.

b) Juzgados. d) Ninguna de las anteriores. d) Todas las anteriores.

7) ¿Considera eficaz la legislación que regula lo referente al trabajo doméstico?

a) Sí.

b) No.

c) No la conozco.



8) ¿Considera que el sector de trabajadores domésticos es un sector desprotegido?

- a) Sí. b) No.

9) ¿Cotiza al seguro social por su empleado doméstico?

- a) Sí. b) No.

¿Por qué? _____

10) En el caso que su empleado doméstico trabaje para otros patronos. ¿Considera justo que los demás patronos no coticen por este?

- a) Sí. b) No.

11) ¿Está de acuerdo con la siguiente afirmación: **“En el salario del trabajador doméstico debe estar incluida la habitación y alimentación, es decir si al trabajador doméstico se le dan estas prestaciones, las mismas se deben descontar del salario que devenga”**?

- a) Sí. b) No.

¿Por qué? _____



12) ¿Está de acuerdo con que al trabajador doméstico, se le conceda el asueto que conforme a ley se le otorga a todos los empleados, tal como se regulan para estos últimos?

a) Sí

b) No.

¿Por qué? _____

13) ¿A su criterio debería pagársele al trabajador doméstico horas extras?

a) Sí.

b) No.

14) ¿Considera que en nuestro país se aprecia al trabajador doméstico como un trabajador más o se encuentra en una categoría inferior?

a) Un trabajador.

b) En otra categoría.

¿Por qué?

15) Alguna recomendación o sugerencia, que sobre el tema, podría proporcionar ?
