
DAJ-AE-135-09
8 de junio de 2009

Señor
Miguel Díaz Caño
Presente.

Estimado señor:

Se recibe consulta el 22 de mayo del año en curso, en relación con el contrato que usted mantenía con el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), como consultor para dirigir la Unidad de Gestión de un Proyecto Geotérmico. Según se indica, el contrato se estableció con un plazo de un año, prorrogable hasta completar cuatro años. De acuerdo con la cláusula 3.3, el contrato podía darse por concluido por cualquiera de las partes, en cualquier momento, dando aviso previo a la otra parte con tres meses de antelación, a la finalización del plazo. No obstante considera usted que dicha cláusula fue incumplida, por cuanto dio el aviso previo con tres meses de antelación y el BCIE, procedió a darlo por terminado de inmediato, es decir antes del vencimiento del plazo establecido en la última prórroga.

Al respecto se considera necesario explicarle al consultante, sobre la diferencia existente entre un contrato de naturaleza laboral y otro de naturaleza civil, dado que las consecuencias legales serían diferentes.

El Contrato de Trabajo

El Código de Trabajo define el contrato individual de trabajo, como aquel en que una persona se obliga a prestar a otra u otras sus servicios o a ejecutar una obra, **bajo la dependencia permanente y dirección inmediata** o delegada de ésta, y **por una remuneración de cualquier clase o forma**. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe¹.

De conformidad con la doctrina y lo dispuesto por el artículo 18 del Código de Trabajo, para que se configure un contrato de naturaleza laboral, es necesaria la simultánea concurrencia de tres elementos indispensables, a saber:

- a) La actividad personal del trabajador: es la obligación de prestar servicios personalmente, no pudiendo hacerlo por medio de un sustituto.

¹ Art. 18 del Código de Trabajo.

- b) La subordinación: se refiere a la sujeción del trabajador con respecto al patrono; es la posibilidad que tiene éste de imponer reglamentos, girar órdenes y velar por su estricto cumplimiento, en virtud de lo cual, expone la doctrina laboral, es el más importante por cuanto la relación laboral es eminentemente subordinada. Esta subordinación puede ser potencial, lo que significa que aunque no se dé, debe existir posibilidad de ejercerla siempre.
- c) Salario: es la remuneración que corresponde al patrono, como contraprestación por los servicios que a su vez le brinda el trabajador.

De todos los elementos antes mencionados, la subordinación de una parte con respecto a la otra es, sin lugar a dudas, la más notable característica del contrato de trabajo. De acuerdo con la doctrina, legislación y reiterada jurisprudencia, la dependencia permanente surge en tanto se ejecuta el trabajo convenido, aún cuando éste sea transitorio o accidental, supone la misma dirección inmediata o delegada que caracteriza la relación de trabajo y que esencialmente consiste en la facultad que corresponde al patrono de dar órdenes o instrucciones al trabajador acerca de la tarea encargada.

Contrato por Servicios Profesionales:

El contrato por servicios profesionales, es un acuerdo de voluntades sin sujeción alguna a principios laborales, se rige por las leyes civiles o mercantiles y el incumplimiento sólo provoca responsabilidades de tipo indemnizatorio reclamables en Tribunales encargados de estas materias.

En la práctica algunas o muchas empresas, convienen originalmente en un contrato por servicios profesionales, para encubrir contratos que en el desarrollo de las labores, el contratado (profesional) se rige por **un horario**, recibe órdenes y directrices respecto a la labor encomendada, está sujeto a normas disciplinarias, etc., **lo que evidentemente convierte el contrato original en un contrato laboral**, sujeto a los derechos, obligaciones y responsabilidades que este conlleva, todo con sustento en el principio del "Contrato Realidad", propio del Derecho Laboral.

En virtud del principio del Contrato Realidad, un contrato puede ser denominado originalmente como de servicios profesionales, pero si en él se estipulan disposiciones relativas a horarios, fiscalización del trabajo y otras formas de subordinación, el contrato se tiene como un contrato de trabajo en beneficio del trabajador y para todos los efectos.

En este sentido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado lo siguiente:

“ III .- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que la naturaleza de una relación jurídica puede establecerse mediante la

identificación de sus elementos característicos. Para establecer si un determinado contrato tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones establecidas en el numeral 18 del Código de Trabajo, que establece las particularidades que definen la relación laboral. Así, de conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar, a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también establece una presunción legal -la cual admite prueba en contrario, pues es solo *iuris tantum* -, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. **Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: a) la prestación personal de un servicio, b) la remuneración y c) la subordinación. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral.** Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha dado en llamar “zonas grises” o “casos frontera”. De esa manera, generalmente, el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación y en ese sentido Rivas señala: “La distinción en abstracto y en concreto del contrato de trabajo con otras figuras contractuales en las que una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo, continúa fundándose en el criterio de la subordinación.” (Rivas, Daniel. *La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 185). Luego, la subordinación ha sido definida como “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte,...; ...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas... por lo que basta ...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario.” (Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo, Volumen I*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). Por otra parte, debe apuntarse que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya regulación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y

*preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” -aunque doctrinariamente se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-, dado que tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 135, de las 9:30 horas; 137, de las 9:40 horas, ambas del 8 de marzo, y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, todas del 2006). Tales premisas deben orientar el estudio del recurso incoado por la parte actora, a los efectos de determinar si la relación del accionante con el Colegio de Abogados tuvo o no naturaleza laboral... IV .- **SOBRE NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y LA DIFICULTAD DE DIFERENCIAR ENTRE TRABAJO DEPENDIENTE Y AUTÓNOMO:***

El Derecho Laboral enfrenta actualmente nuevos retos entre los que se incluye la necesidad de determinar sus alcances en relación con nuevas formas de contratación y el auge de algunas figuras que antes no se usaban mayormente. Los cambios económicos y los avances en la tecnología, así como el desarrollo de nuevos sistemas de producción, han dado paso a distintas figuras de prestación de servicios, conocidas con el nombre de *contratos atípicos*, por cuanto en ellos se ven desdibujados los elementos característicos que definen una relación laboral. Así, el típico contrato de trabajo, o sea el pactado por tiempo indefinido, en jornada ordinaria normal y ejecutado en las instalaciones del empleador, en mayor o menor medida, ha cedido ante otras figuras, nuevas o preexistentes, pero cuya utilización no revestía mayor importancia. Se nota, entonces, el auge de contratos a plazo o por obra determinada, del contrato a domicilio, los contratos a tiempo parcial, el desarrollo de otras distintas modalidades de descentralización productiva, entre ellas el contrato de prestación de servicios. El problema de identificar la existencia de un verdadero contrato de trabajo se exagera con el proceso de relativización de la figura de la subordinación, que se da en muchos de esos supuestos, lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia, pues, en gran cantidad de casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario. (López Gandía, Juan. *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9-12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se den, si se está o no en presencia de una relación laboral. A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si lo pactado pretendía

disimular la existencia de un contrato de trabajo o si, por el contrario legítimamente el vínculo jurídico que existió entre las partes no tuvo naturaleza laboral. El tema de las relaciones laborales encubiertas y la necesidad de esclarecer la existencia de un verdadero contrato de trabajo en un determinado caso ha sido objeto de estudio por parte de la Organización Internacional de Trabajo. En efecto, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se presentaron una serie de criterios o parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: *a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido.* (Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 66-67). De igual forma, en la Recomendación número 198, adoptada el 15 de junio del 2006, que puede ser citada como la *Recomendación sobre la relación de trabajo*, se puntualizaron los indicios de laboralidad de la siguiente manera: *“a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y / b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.”* Por su parte, Mangarelli explica lo siguiente: *1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación; pues, a todo profesional, debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato el hecho de que la remuneración se*

*pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares –no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo. (Mangarelli , Cristina. *Arrendamiento de servicios*, en : *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo* , Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, pp. 273-275). Por último, cabe señalar que esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Entre ellos pueden enumerarse los siguientes: 1) Existencia o no de la prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448- 01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02, 241-05, 967-05, 780-07). 3) El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario (sentencias 240- 99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03, 135-06, 379-06, 401-06, 780-07). 4) La retribución es fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01, 286-05, 780-07). 5) Sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365- 02, 515-02, 564-02, 583- 03, 693-05, 135-06, 379-06, 401-06, 81-07). 6) Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) Afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02, 241-05, 286-05, 693-05, 538-07). 8) Se proveen herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240- 99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373- 03, 241-05, 967-05, 135-06, 81-07). 9) Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319- 99 y 294-01). 11) No se pagan vacaciones ni aguinaldo (votos 294-97, 576- 01, 715-01, 512-02, 241-05, 693-05). 12) La remuneración excede el pago normal de un trabajador (fallo 253-02). 13) Se otorga capacitación (538- 07). 14) Se utiliza papelería de la empresa (538-07). 15) Se exige la presentación de informes periódicos (538-07).*

V.- DEL CONTRATO POR SERVICIOS: *La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo. En ese sentido, se indica que “... con el advenimiento de las nuevas formas de organización del trabajo y en especial con la tercerización, esta figura contractual tomó un auge sorprendente. Esta figura utilizada para el trabajo por cuenta ajena de algunas categorías de trabajadores como, entre otros, médicos, abogados, ingenieros, es actualmente utilizada de manera indiscriminada, para contratar todo tipo de trabajadores, incluso a los ex trabajadores subordinados de la empresa que terceriza en categorías laborales que en nada se asemejan a las categorías profesionales antes referidas.” (Fernández Brignono, Hugo. *Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales*, en: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, p. 71). Mangarelli, por su parte, también expone sobre el auge de los contratos por servicios profesionales y es concluyente en el sentido de que el contrato de trabajo no absorbió al de prestación de servicios, al tiempo que indica que la diferencia entre ambos radica en el elemento subordinación. En ese sentido, señala: “Hoy ya no es*

posible sostener que el arrendamiento de servicios sea una categoría jurídica sin importancia. En la actualidad se ha producido un aumento considerable de los contratos de arrendamiento de servicios. Ello es debido a que -entre otras razones- esta modalidad de contratación es uno de los instrumentos para llevar a cabo la descentralización empresarial... El arrendamiento de servicios no fue absorbido por el contrato de trabajo, sino que se mantuvo como figura jurídica distinta, y reguló en los hechos, un sector del trabajo por cuenta ajena... El criterio acertado de distinción del contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo es la subordinación...” (Mangarelli, Cristina. Ibid. pp. 267, 273, 280). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales. Esta Sala ya ha indicado que los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales (véanse las sentencias números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999 y 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002). Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente, más aún si se trata de servicios especializados, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica necesariamente una independencia técnica que no obsta a la existencia de la contratación laboral. (En tal sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos N°s. 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio y 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todos del 2002).²

Como bien se desprende del Voto supra, de conformidad con el Principio de Realidad, una relación laboral se puede determinar si se da la presencia de los tres elementos del contrato ya estudiados, pero principalmente si se encuentra presente el de la subordinación, es decir cuando la autonomía del trabajador se encuentra limitada y sujeta a la potestad del patrono.

Para ello la Sala Segunda destaca las características que se dan en una relación laboral, frente a las características que se dan en un contrato por servicios profesionales.

Entonces la Sala establece una diferencia entre aquella relación cuyo trabajo se hace bajo las instrucciones precisas y bajo el control de otra persona, en el lugar y horario impuestos por esta persona, que se ejecuta con los materiales y equipo que le suministra esta persona y se le fija una remuneración periódica que además de ser el único ingreso, puede contemplar otro tipo de beneficios; frente a aquella otra relación, en que más bien, es el profesional quien ejerce el control directo sobre su trabajo, establece su lugar de trabajo y su propio horario, asume el riesgo financiero que pueda ocasionar el quehacer de su trabajo, calcula el costo de su trabajo y fija el precio, no recibe beneficios laborales y proporciona los materiales y el equipo para desempeñar su trabajo. La primera se delimita como una relación laboral y la

² Sentencia:00657 Expediente:04-001798-0166-LA Fecha 08/08/2008 Hora:9:30:00am
Emitido por: Sala Segunda de la Corte

segunda como una relación civil-mercantil, no regulada por la legislación laboral y por tanto sin que derive de ella reconocimiento de derechos laborales.

Ahora bien, ante la posibilidad de considerar que el contrato establecido entre su persona y el BCIE sea de naturaleza laboral, conviene aclararle sobre el tipo de contrato de trabajo que pudiera haberse desarrollado con esa empresa.

Contrato a plazo fijo o por obra determinada:

Es principio generalizado, que todos los contratos de trabajo lo son por tiempo indefinido, sin embargo existen excepciones a dicha regla, las cuales solamente se permiten cuando se enmarcan dentro de los lineamientos que dicta la ley. Así tenemos que en nuestra legislación, el artículo 26 recoge la afirmación anterior, cuando refiere la posibilidad de contratar a plazo en los casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar, pero si subsiste la causa que le dio origen y la materia del trabajo, el contrato se convierte en uno por tiempo indefinido; o sea, cuando la labor se vuelve permanente, el contrato también.

Los contratos a plazo fijo o **por obra determinada** se determinan en función de un período previamente estipulado (días, meses, años) o por la realización de una obra. Los contratos por tiempo indefinido, como su nombre lo dice, no están sujetos a limitación en el tiempo; por regla general todos los contratos de trabajo son de esa índole y sólo excepcionalmente se puede realizar un contrato a plazo fijo en los términos que señala el artículo 26 del Código de Trabajo.

La importancia de distinguir los contratos a plazo fijo o por obra determinada de uno por tiempo indefinido, radica esencialmente en el tipo de indemnización que corresponde en caso de finalización de la relación laboral. En los primeros solamente existirá la posibilidad de indemnización³ en aquellos casos en que alguna de las partes unilateralmente decida poner término al contrato, antes de vencerse el plazo o de concluirse la obra, sin motivo alguno, pero si el contrato llega a su término normalmente, solamente procede el pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales. Por su parte, en los contratos por tiempo indefinido al darse el rompimiento de la relación laboral sin justa causa, el trabajador tendrá derecho, de acuerdo al tiempo laborado, al pago del preaviso y auxilio de cesantía en los términos que indican los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, así como al pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales.

³ Artículo 31 del Código de Trabajo: *...un día de salario por cada siete días de trabajo continuo ejecutado o fracción de tiempo menor, si no se hubiera ajustado dicho término; pero en ningún caso podrá ser inferior a tres días de salario. No obstante, si el contrato se ha estipulado por seis meses o más o la ejecución de la obra, por su naturaleza o importancia, deba durar este plazo y otro mayor, la referida indemnización adicional nunca podrá ser inferior a veintidós días de salario.*"

En razón de lo expuesto y de acuerdo con su consulta, se analizan a continuación los documentos aportados con su consulta.

Contrato de consultoría:

Se le denomina como contrato de Servicios de consultoría⁴. Pese a que en la cláusula 9 establece con claridad que entre el Banco y el consultor no hay relación laboral, se establecen otras cláusulas que podrían llevar a confusión, por cuanto refieren a conceptos propios de una relación laboral.

Tal es el caso del artículo 4, inciso 4.1, en el cual se indica sobre la posibilidad de pagar una bonificación, según desempeño y sobre el pago de kilometraje. Aunque para el análisis de estos conceptos se requiere más información, sobre cómo se ha manifestado el pagos de los mismos durante el desarrollo del contrato, podría presumirse de algún modo que se trata de una relación laboral, colocando la relación descrita dentro de lo que han denominado los tribunales como zonas fronterizas, por contener duda sobre la naturaleza jurídica que los fundamenta.

Asimismo podría decirse sobre la realidad manifestada en el desarrollo del contrato, por cuanto de acuerdo al Principio de Primacía de la Realidad, ante un contrato escrito, priva lo que en la práctica se llevó a cabo.

En este sentido según su manifestación verbal, cumplía sus labores en instalaciones del BCIE, con una jornada de 8 a.m. a 4 p.m., durante la cual su asistencia podía ser controlada por vía telefónica. Recibían directrices sobre el modo de efectuar el trabajo, y debían hacer reportes periódicos, elementos que analizados en forma más profunda podrían llevar a la conclusión de la existencia de una relación laboral.

En consecuencia si en efecto se trataba de un contrato de trabajo, se tendría que denominar como un contrato a plazo o por obra determinada, en virtud del cual, se diría que el plazo, conforme la última prórroga acordada (según copia el documento aportado), es hasta el 1º diciembre del 2009.

Por tanto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 del Código de Trabajo, en razón de ser el trabajador el que da por terminado el contrato de trabajo, le correspondería el pago de daños y perjuicios en relación con el tiempo de duración del contrato resuelto y conforme las reglas establecidas en dicho artículo.

No obstante para el caso de consulta, debe acudir a lo dispuesto por el "Principio Protector" para analizar cuál de las normas debe ser aplicada, si lo dispuesto por el inciso 3.3. del artículo 3 del Contrato de Consultoría, o bien por lo establecido en el artículo 31 del Código de Trabajo.

⁴ Primer párrafo.

Este principio traduce la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. La justificación de este principio se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se sitúa como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios que compense su situación.

Posee entre otras reglas, la denominada “Regla de la Norma más Favorable”, la cual determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que corresponda de acuerdo a la jerarquía tradicional de las normas.

Esta regla le otorga un especial matiz al Derecho del Trabajo, pues rompe con los esquemas más rígidos y tradicionales de la jerarquía de las normas; de esta manera, es aceptado, que una norma de inferior categoría sea aplicada en un caso concreto por encima de una contraria de superior categoría; **aún más, sin necesidad de normas, si un elemento del contrato privado entre trabajador y empleador es más beneficioso que cualquier norma de rango superior se aplicará la primera.**

En razón de principio analizado debe concluirse, que la norma más favorable para el trabajador en cuestión es el inciso 3.3 del artículo 3 del contrato de consultoría, por encima de lo dispuesto por el artículo 31 del Código de Trabajo, lo que significa que sería obligación del BCIE pagarle al Consultor, las remuneraciones correspondientes a los tres meses posteriores a la presentación del aviso de terminación del contrato, por cuanto se desprende de dicha norma, que el contrato de trabajo por obra estaría finalizando al contarse los tres meses.

Ahora bien, en el caso extremo que su contrato no fuera considerado de naturaleza laboral, sino más bien de naturaleza civil, podría concluirse que ante la existencia del inciso 3.3, que es acordado entre ambas partes, éste resulta de acatamiento obligatorio para ambas partes, lo que significaría que su incumplimiento podría ser reclamado, por la parte afectada en la vía judicial civil, o bien conforme lo dispuesto por el artículo 13 del Contrato, podría acudir a la vía del Arbitraje. No obstante es nuestro deber informarle que en cuanto a esta última recomendación, la misma se hace al margen de nuestra competencia, por no tratarse de materia laboral, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De Usted con toda consideración,

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe a.i.

ALC.-
Ampo 3.B.-