

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MODALIDADES ATÍPICAS DEL
EMPLEO: UNA MIRADA AL CONTRATO EVENTUAL
DE TRABAJO EN EL MERCADO DE SERVICIOS¹**

JOSÉ ANTONIO BURNEO²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO - ECUADOR

RESUMEN:

El mundo del trabajo ha cambiado de forma radical, se ha dejado de lado la producción masiva manufacturera por un mercado de servicios. La legislación laboral no se puede quedar atrás ante esos cambios y tiene que emprender modificaciones, que permitan a los actores laborales lograr mejores prestaciones con la celebración de figuras contractuales eficientes. Los contratos de trabajo eventuales, bajo la modalidad atípica de empleo, son el medio por el cual los empleadores han decidido arrimarse para poder seguir innovando y emprendiendo; si son obligados a utilizar formas de trabajo, que no sean acordes a los modelos de negocios novedosos, simplemente se convertirán en desincentivos de la producción, lo cual repercutirá en el sistema económico general de la sociedad y la falta de oferta de plazas de trabajo.

PALABRAS CLAVE:

Empleo atípico, producción, eficiencia, mercado.

¹ Artículo recibido el 23 de octubre de 2019 y aprobado el 24 de noviembre de 2019

² Profesor de Derecho mercantil - Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad Central del Ecuador. ORCID: 0000-0002-5267-3894

ABSTRACT:

The world of work has changed radically, mass manufacturing production has been put aside by a service market. Labor legislation can not be left behind in the face of these changes, and has to undertake modifications that allow labor actors to achieve better benefits with the celebration of efficient contractual figures. The employment contracts under the atypical modality of employment are the means by which the employers have decided to get closer to be able to continue innovating and undertaking; if they are forced to use forms of work that are not in line with novel business models, they will simply disincentive production, which will have an impact on the general economic system of society and the lack of job offers.

KEY WORDS:

Atypical employment, production, efficiency, market.

Introducción

El contrato eventual de trabajo es una modalidad atípica de empleo, que permite al empleador beneficiarse de la prestación de un trabajador por un plazo determinado y bajo condiciones en las cuales no se incurra en gastos ineficientes. Por otro lado, el trabajador puede utilizar este tipo de trabajo para capacitarse y promocionarse hacia un mercado laboral, entendiéndose que éste cada vez es más competitivo y que la pertenencia permanente a un mismo empleador, de forma prolongada, puede que no se adapte a la carrera profesional que el trabajador planifica. El ideal del Estado no debe ser eliminar este tipo de trabajo, sino buscar medios para que -en lo posible- se logre el ideal del trabajo digno.

En este estudio se pretende hacer un análisis sobre diferentes temas, relacionados con el contrato de trabajo atípico y su trascendencia económica. Inicialmente, con el examen de la subordinación como ingrediente fundamental del trabajo asalariado, elemento que determina la participación o no del Derecho del trabajo. Por otro lado, serán estudiados brevemente la correlación existente, entre el mercado laboral y la desigualdad, desde un punto de vista jurídico y cómo el manejo desproporcionado de instituciones jurídicas erróneas tiene consecuencias negativas en el sistema económico.

Además, serán abarcados los aspectos sobresalientes del institucionalismo laboral, presentando críticas, respecto de los medios contractuales que más favorecen al desarrollo empresarial, con el objetivo de buscar un justo medio entre contratos de trabajo eficientes y el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De forma correlativa, se mencionarán los principales

beneficios de la utilización de contratos de modalidad atípica de empleo como medio de creación de ventajas competitivas, presentando críticas a las obligaciones estatales en este tipo de contrataciones, los cuales no responden a la realidad socio-económica actual del mercado de servicios, principalmente con respecto al contrato eventual de trabajo en la legislación ecuatoriana.

Finalmente, se asociarán los componentes estudiados en relación a los incentivos de los empleadores, la regulación laboral y la economía real, en la que nos encontramos actualmente, buscando explicar la confusión existente entre las modalidades atípicas del contrato de trabajo y la tercerización laboral ilegal, al igual que plantear una perspectiva de análisis, en la cual el principal error, con respecto al desconocimiento de los derechos del trabajador, es el deficiente sistema educativo provisto por el Estado.

Subordinación

Tradicionalmente, los contratos son instrumentos para la disminución de riesgos, los cuales se desprenden de las relaciones jurídicas. Ese entender es propio de la contratación comercial, donde las pretensiones entre las partes del contrato son paralelas y, además, la calidad de los contratantes es igualitaria. Ahora, en la contratación laboral, esta relación no es posible, porque en la celebración de un contrato de trabajo necesariamente una de las partes se encontrará en una situación desfavorable, debido a un principio básico del Derecho laboral, sin el cual no podría accionarse sus fundamentos de protección: la subordinación.

La subordinación, según la Real Academia de la Lengua Española, se subsume a la sujeción a la orden, mando o dominio

de alguien. En ese sentido, el trabajador necesariamente tendrá una posición desfavorable ante las prestaciones, que regulen la relación laboral; la expresión máxima de ello es la posibilidad de *ius variandi*, entregada exclusivamente al empleador. Por ser un aspecto fundamental del contrato de trabajo, la subordinación no puede ser obviada, ergo existirá como condición necesaria de la prestación de servicios lícitos y personales, por parte del trabajador, y por la cual recibirá su remuneración.

El empleador utiliza la fuerza de otro para lograr los fines productivos propuestos; la fuerza de trabajo es prestada por el trabajador, quien voluntariamente decide limitar su tiempo, esfuerzo y disposición en pro de la contraprestación ofrecida por el empleador, es decir, el salario. Esta relación laboral existente se funda en diferentes principios constitucionales, que buscan modelarla y limitarla para que no se permita el abuso del ser humano sobre otro, algo que no ha sido ajeno a la historia social, donde la desigualdad irracional y el atropello han sido elementos innegables del Derecho laboral y sobre los que obtiene su campo de acción.

El beneficio de la subordinación se le entrega al empleador porque se entiende que es él quien arriesga en mayor medida los factores de producción en una empresa; así, al conocer los riesgos inherentes del comercio, necesariamente deberá aplicar los niveles de diligencia que considere necesarios para que su empresa logre producir de forma esperada. Las órdenes que emite el empleador son su derecho consagrado, ya que si no pudiese dirigir el comportamiento y la prestación de servicios del trabajador, simplemente no le sería funcional.

En cierta medida, la actividad de gestión que realiza el empleador, es normalmente con un fin productivo. La idea de

una contraprestación patrimonial, que se espera sea beneficiosa, es el móvil de la contratación laboral, por lo que la concepción de que un empleador contrata a un trabajador, por el mero hecho de explotarlo, no tiene sentido inicial, aunque en el transcurso de la relación laboral el vínculo podría distorsionarse.

Es importante mencionar el riesgo devenido que incurre el empleador, porque ese es el elemento que determina la oferta de plazas de trabajo, debido a que el mercado laboral se comporta al igual que el mercado de bienes y servicios, mediante las fluctuaciones de la oferta y la demanda. De manera que si los empleadores poseen riesgos exagerados, no podrán incurrir en actividades productivas y, por ende, no podrán contratar personal, es decir, se disminuye la oferta de trabajo, ocasionando que la demanda aumente.

La interacción entre la oferta y la demanda del mercado laboral tiene repercusión directa en el salario, de modo que si existe una exagerada demanda de trabajo, los empleadores van a reducir sus costos laborales, mediante la reducción de los salarios, que entregan en sus plazas ofertadas, si bien nunca podrán ser menores que los mínimos legales, el salario *mínimo* se va a comportar de una manera irreal, debido a que es impuesto, sin analizar una situación fluctuante, en la que coadyuvan varios elementos, entre los que se encuentran los riesgos incurridos por los empleadores, los cuales son un claro ejemplo de un desincentivo de producción.

El mercado laboral y la desigualdad

Como se mencionó anteriormente, el mercado laboral depende indiscutiblemente de los mercados de bienes y servicios, en el sentido de que se evidencia una correlación entre los agentes del mercado, puesto que en el mercado laboral, los agentes participantes en él se comportarán de tal manera, que buscarán maximizar sus prestaciones. Así, los trabajadores van a buscar trabajar menos horas por un mayor salario; mientras que, de forma opuesta, los empleadores tienden a buscar formas para aminorar sus costos laborales y aumentar su rentabilidad.

Ante la idea de las prestaciones opuestas buscadas por uno y otro agente del mercado laboral, sale a flote la siguiente incertidumbre: ¿si el mercado de trabajo funciona de tal manera, como si fuesen fuerzas de mercado, que se modelan, contraponen y contienen entre sí, por qué existe un orden público laboral? El Estado es un garante de los derechos de sus ciudadanos, de modo que busca precautelar la convivencia armónica en todos los aspectos donde sea necesaria su intervención a fin de evitar la vulneración de esos derechos. En el caso del mercado laboral, el Estado participa como regulador, donde buscará evitar los abusos, que puedan suscitarse sobre la parte vulnerable de la relación laboral, es decir, el trabajador.

La necesidad de un orden público laboral, que imponga mínimos de actuación a los agentes del mercado laboral, es innegable. Principalmente, porque se ha demostrado que las fuerzas de mercado no son estrictas, ni poseen un cumplimiento previsible. De tal modo que el comportamiento del empleador y del trabajador, puede diferir de una conducta deseable y es ahí donde el Estado debe participar como guardián de derechos y, a su vez, de fomento del empleo.

El institucionalismo laboral

Al entenderse que es necesario un orden público laboral, la imposición de reglas mínimas de cumplimiento, a fin de lograr la protección de la parte *débil* del contrato de trabajo debe ser la principal función del Estado, en las relaciones contractuales, más allá de la seguridad de reparación por daños. Los mínimos impuestos por la normativa del trabajo no son negativos, en tanto sean razonables, reales y coherentes con la situación socioeconómica y coyuntural de una nación.

Este razonamiento es el fundamento de la existencia de una variedad de modalidades contractuales. La imposición de un solo tipo de contrato de trabajo no solo sería equivocada, sino que sería fatal para el sistema económico, porque el trabajo es uno de los factores esenciales de la producción y solo a partir de su conjugación y combinación podrá lograrse un desarrollo productivo. Así, se infiere que no todo tipo de modelo de negocio, ni todo proceso empresarial puede llevarse a cabo, mediante el mismo tipo de contrato de trabajo, pues en la variedad, libertad y adaptabilidad de los contratos laborales es donde se encuentra el éxito económico.

La institucionalidad jurídica debe dar respuesta a las necesidades económicas de los productores y trabajadores; en tanto que la realidad económica, social y cultural de una nación es lo que determina la utilización de modalidades laborales y no de forma opuesta. Ante esta circunstancia, cada parte contractual podrá negociar -en la medida de lo posible- y aceptar libremente el contrato de trabajo aplicable, el cual se dinamiza y utiliza según las necesidades propias de cada situación determinada. Si bien es cierto que este tipo de análisis suele ser utilizado en el Derecho

mercantil, nada obsta que sus principios, en los aspectos que no se contrapongan a los fundamentos del Derecho laboral, puedan ser aplicados a la legislación del trabajo.

La institucionalización de los regímenes laborales atípicos son la respuesta socio económica de la actividad mercantil, con el objeto de participar en un mercado con imposiciones específicas y exclusivas. La legislación del trabajo tiene una regulación especial, por su carácter relevante con respecto de otras ramas jurídicas, debido a lo delicado de los temas que lo componen. Si bien es un Derecho económico, el trabajo no deja de ser un derecho fundamental, el cual necesita una amplia protección; no obstante, el campo económico y comercial en el que se desenvolverá la prestación de servicios laborales, lícitos y personales, no puede ser obviado.

En la defensa comercial de los servicios, las prácticas laborales tradicionales no surten un efecto deseado, con respecto al desempeño productivo, porque esa modalidad se queda *corta*, en razón de su ínfima capacidad de adaptabilidad y aplicación a prácticas económicas propias de una sociedad volcada a los servicios, tal como es el caso de los servicios por vacaciones, hoteleros, profesionales, etc.; de tal manera que es necesario que la legislación permita un campo de acción, con respecto a las labores que realizan los empleadores y que en tanto no traspasen el umbral del orden público laboral, su creatividad sea parte misma de su derecho de empresa, es decir, la capacidad y facultad de los empleadores de decidir qué prestación, modelo y costo es mejor para el desarrollo de su organización empresarial.

Los empleadores no nacen siéndolo, aún si fuese una empresa familiar, en la cual la herencia de filiación determinará el

siguiente encargado de dirigir la empresa, ya que los empleadores también trabajan en ésta, mediante su gestión y administración; así, su medio de sustento será el buen manejo que puedan darle a la empresa y que, en cuanto sea posible, les permita cierta permanencia continuada dentro del mercado. Ante esa afirmación, es ilógico que se sancione al empleador que aplique su creatividad a la actividad productiva y empresarial, obviamente, si éste cumple con los preceptos legales del Derecho laboral.

La represalia hacia modalidades contractuales de trabajo atípicas, que permitan mantener el empleo del trabajador y, además, crear más plazas para potenciales trabajadores es contraproducente con el ideal del Estado de mantener un sistema económico sano; insistentemente, ha sido comprobado que el Estado no puede ser el único -y ni siquiera el mayor- empleador de una nación, sino que depende de la inversión productiva privada para crear riqueza y desarrollo económico, la cual no se logra, si se desmotiva al emprendimiento y expedición empresarial privada.

La modalidad típica del contrato de trabajo se ha institucionalizado, de tal manera que se ha convertido en un estándar, lo cual es correcto, en situaciones donde el contrato de trabajo ha sido tácito, o que las prestaciones y especificaciones del contrato -como lo concerniente al plazo de duración- no han sido determinadas, de forma expresa, por tanto, se presume que se trata de una prestación laboral, bajo un contrato de plazo indeterminado por el principio pro operario y de protección primordial del trabajador.

Ahora, en los casos en que la modalidad típica no es funcional, con respecto al giro del negocio en el que se maneja la empresa empleadora, mal haría el Legislador en imponer la prestación en horarios, plazos y prestaciones, que no podrán ser aprovechados

y en donde el empleador, simplemente, va a tener que desistir de implementar una plaza de trabajo, que ineludiblemente va a ser perjudicial. Por tanto, cuando la legislación laboral se vuelve anacrónica, en relación a la sociedad y economía que regula, existe una disfunción en los objetivos esperados y los obtenidos, porque cuando la intención es crear empleo y no se dan incentivos para ello, simplemente no hay una efectiva actividad legislativa.

Las modalidades atípicas del contrato de trabajo

En términos generales, las modalidades atípicas del régimen laboral son todas aquéllas que no se encuentran dentro de la modalidad típica legal; es decir, aquéllas en la cual se cumple una jornada de ocho horas diarias, cinco días a la semana -o seis, dependiendo del país- con una indeterminación del plazo de duración de la relación laboral. Esta modalidad estándar es el *deber ser* del contrato de trabajo, donde se entendería que se delimitan y contienen todos los principios y derechos fundamentales, que buscan proteger al trabajador por ser la parte vulnerable de las relaciones de trabajo.

Existen diferentes categorías de trabajo atípico, las cuales se diferencian en aspectos relativos a la permanencia, horas de trabajo, remuneración y condiciones. Las modalidades atípicas son esencialmente: el trabajo temporal, o también llamado eventual; el contrato a tiempo parcial; la contratación por intermedio de agencias de prestación de servicio de personal -catalogado en varios países como intermediación laboral-; y, el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Por otro lado, también existe el llamado contrato de cero horas, el cual no será tomado en cuenta en el presente artículo, debido a su complejidad y porque tiene un acercamiento mayor a temas

como la precariedad laboral y la inseguridad jurídica, que no serán tratados por ahora.

Para el siguiente análisis, únicamente serán considerados la prestación de servicios de manera temporal, ocasional o eventual. Por un lado, porque la contratación, a través de agencias de intermediación laboral, es catalogada como ilegal en ciertos países -como el Ecuador-, por lo que adentrarse en su ilegalidad, se ligaría más hacia los aspectos de los derechos fundamentales del trabajador, con respecto a la tercerización laboral y la desviación de responsabilidades de los empleadores; si bien, inicialmente, no es una modalidad típica de trabajo, con respecto a los beneficiarios de la prestación, los trabajadores que prestan este tipo de servicios, están ligados de manera permanente y típica a las empresas intermediadoras, de manera que depende de la perspectiva de cómo se lo quiera analizar para encuadrarse en una u otra arista.

Por otro lado, con respecto al empleo de cuenta propia, económicamente dependiente, al igual que la contratación a cero horas se roza ineludiblemente con aspectos de tercerización; si partimos de que la Organización Internacional del Trabajo tiene como uno de sus objetivos fundamentales evitar la tercerización y condenar la precariedad laboral, mal haríamos en buscar fundamentos económicos, que busquen superponerse a la protección del trabajador. Los derechos laborales adquiridos son inalienables e irrenunciables y cualquier modalidad que atente contra esos principios, no puede defenderse, bajo fundamento alguno, que propugne una especie de liberación laboral, aún si se tratase de una crisis económica y de generación de empleo, como la que se está viviendo en gran parte de Latino América.

La tercerización, desde el punto de vista de la ciencia administrativa, es un medio eficiente para la rebaja de costos laborales (en el caso ecuatoriano esta prohibida esta forma de contratación). Por otra parte, aunque se trate de un concepto válido en la ciencia de la Administración, en el Derecho laboral no puede verificarse de esa manera. La tercerización es una forma negativa del trabajo, debido a que no se cumple con el principio de continuidad, ni el de seguridad laboral; el trabajador tendrá una enorme dificultad de planificar y diseñar su proyecto de vida, si carece de una seguridad mínima, con respecto a uno de los elementos base de su vida: el trabajo. Por tanto, sin prestar sus servicios lícitos y personales, de una manera continuada y sostenida, el trabajador generará estrés, porque no tiene garantías que sostengan el trabajo que un día posee y que al día siguiente, tal vez no; evidentemente, esto se cumple, si no se trata de una profesión liberal, donde es el propio trabajador calificado, quien decide no atarse a ningún contrato laboral.

La creencia habitual es que la contratación laboral atípica se trata simplemente de tercerización, pero es un error; la tercerización está ligada a una inseguridad del trabajador, con respecto a su plaza de trabajo, mientras que las modalidades atípicas simplemente son variantes de la contratación, en función de las necesidades del mercado en el que se desenvuelve la empresa empleadora. Si bien existen ocasiones en que los contratos eventuales y temporales pueden ser fijados por un plazo determinado, esto no viola principio alguno de los derechos del trabajador, porque éste conoce de forma anticipada su duración y decide, según su propio arbitrio, someterse o no a dicho contrato; esto sucede en una situación donde se tengan cubiertas las necesidades básicas de todo ser humano y que las demás variables sociales, se mantengan constantes.

A pesar de eso, es ingenuo pensar que estas modalidades atípicas no han sido utilizadas de manera negativa por los empleadores. En el momento en que los contratos eventuales o de temporada pierden su fundamento esencial de *coyunturales*, en razón de determinadas situaciones especiales, que orillan a la empresa a elegir ese tipo de contratos, es cuando se convierten en una forma de tercerización.

El principal fundamento de ello es que cuando un empleador utiliza contratos eventuales, que se repiten de forma reiterada solo con miras a evitar los beneficios que supondría la contratación típica de un trabajador -menciónense: vacaciones, fondos de reserva, jubilación patronal, etc.- está ejerciendo un abuso de su posición de empleador, por ser quien posee los factores de producción, además de competir de forma desleal contra los demás operadores del mercado al tener a sus trabajadores en *negro*.

Sin embargo, la existencia de estas distorsiones en el mercado laboral no elimina el argumento que motivó la creación del trabajo eventual o temporal: la necesidad de la empresa empleadora, en razón del mercado en que ésta se desenvuelve; de tal modo que si una contratación típica es completamente improductiva para la empresa, ésta tendrá un enorme presión y aversión a este tipo de contratación y, por ende, buscará medios más eficientes, con relación al giro de su negocio, que le permita rebajar costos y brindar un mejor servicio.

Es decir, la idea de contratar trabajadores se sustenta en una primacía de necesidad, tal sería el caso si un trabajador es necesario tan solo por 4 horas al día, o por un período de tiempo determinado, y la empresa lo contrata por 8 y de forma indefinida, no solo sería ineficiente, sino también improductivo, porque, en

primer lugar, el trabajador no se sentirá motivado, debido a la sub-utilización de sus talentos, sino que, además, la empresa se vería perjudicada, por incurrir en costos innecesarios, que afectan al desempeño competitivo de ésta.

Contrato de trabajo eventual

Es una excepción al principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo. Se basa en proyectos, temporadas de producción, con picos altos y necesidades coyunturales específicas, en donde el común denominador será la determinación de un plazo fijo para el vencimiento de la relación laboral o una condición que se espera cumplir³. La normativa en los diferentes países regula de manera expresa este tipo de contratación, con miras a evitar la precariedad laboral y que tras su abuso, se repercuta en procesos de tercerización. Su origen se remonta a los procesos de flexibilización laboral, surgidos en Europa a finales de la década de los 70 y durante la década de los 80.

Allí, debido a la crisis generalizada, provocada principalmente por los estragos de la *Guerra Fría*, varios países industrializados quisieron impulsar la industria de los servicios, debido a que el mercado de la industria manufacturera se estaba estancando, de forma tal que el comercio mundial, prácticamente estaba paralizado. Las medidas proteccionistas y nacionalistas de cierre de fronteras estuvieron acompañadas de enormes cambios internos, con el objeto de que la producción y el consumo asumieran un papel preponderante en la economía europea, lo cual, evidentemente, se logró, como en los casos de España o Portugal.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2016.

Otro elemento de la contratación temporal o eventual es la periodicidad, la cual si bien no es esencial, es visible, por ejemplo, en empresas de negocios por temporadas donde el pico alto de producción será anual y, específicamente, dentro de esa temporada. El período anual, en el cual la contratación temporal será mayor puede ser previsto, por lo que no es raro que se ofrezcan contratos de trabajo por 3 ó 4 meses. Ante estas circunstancias, no sería plausible la contratación indefinida del trabajador, en el sentido de que cuando la temporada de pico productivo termine, la empresa no tendrá las mismas necesidades ocupacionales, ni tampoco los recursos para solventar un exceso de mano de obra, entendiendo que los costos marginales de agregar un trabajador extra, necesariamente repercutirán en los beneficios marginales, los cuales se verán disminuidos.

Normativamente en el Ecuador, la contratación eventual está reglamentada por el Código del Trabajo, en el artículo 17, en sus primeros incisos, que rezan así:

Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de esta.

También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso

el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada. El sueldo o salario que se pague en los contratos eventuales tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador [...].

Para un correcto análisis de la norma en cuestión, es necesario diseccionarlo, lo cual permitirá una mejor comprensión.

En el contrato eventual, la ley especifica, claramente, que se derivará de necesidades circunstanciales del empleador, las cuales deberán estar justificadas, de manera que no haya posibilidad de error, con respecto al plazo de éste, ya sea por una determinada fecha, o por el retorno del trabajador, el cual fue reemplazado de forma eventual. Esta aplicación del contrato se fundamenta en proteger la economía del empleador, en la inteligencia de que, atendiendo al principio de conservación de la empresa, la normativa sería ilógica al obligar a contratar trabajadores a tiempo completo y de plazo indefinido, cuando solo es un aspecto coyuntural.

Asimismo, en el siguiente párrafo del artículo, la Ley posibilita al empleador la contratación de trabajadores, por motivo de una mayor demanda de la prestación de la empresa, lo cual es entendible, a consecuencia de que en el mercado, ningún negocio es estático, evidentemente, la fragilidad de su composición podrá verse afectada por innumerables sucesos nacionales o globales,

que van a resultar en una mayor necesidad de trabajo; ese trabajo no podrá entenderse como permanente, pues se encuentra fuera de la habitualidad del empleador y sería incorrecto -desde la perspectiva administrativa- contratar servicios, los cuales no serán necesarios al concluir una eventualidad específica.

Así, el punto en el cual existe controversia es sobre el recargo que éste conlleva, debido a la utilización de esta figura contractual. Si se busca que el trabajo sea fomentado, mediante la utilización de modalidades atípicas de trabajo mal hace el Legislador al imponer costos extras por una situación eventual. Este recargo va a ser entendido por el trabajador como un beneficio, porque el trabajo es un medio de obtención de réditos económicos, a manera de salario, por poner su disposición al empleador; entre más gane el trabajador, él no presentará queja alguna, debido a su ausencia de saciedad local en función del salario, de tal modo que se convertirá en un incentivo para el trabajador, quien preferirá ganar más, con varios contratos eventuales repetidos, que ganar menos, con un contrato permanente, donde su salario se verá reducido -a su parecer-, porque su empleador tendrá otros costos laborales que abonar.

En países como Australia, donde si bien existe un recargo por la utilización de contratos ocasionales y eventuales, éste se utiliza de una forma distinta. El incentivo a los empleadores para crear empleo, mediante modalidades atípicas, se ve contrapuesto y limitado, mediante la imposición de recargos y sanciones cuando haya el uso reiterado y posible abuso de estas medidas.

Así, cuando se celebra un contrato eventual o temporal, por primera vez, no existe recargo alguno, es decir, únicamente se efectúa, por los motivos coyunturales específicos, y solo en el

caso de que sea estrictamente necesario, deberá ejercerlo, de manera distinta y pagará una sanción administrativa por preferir esa modalidad y no la contratación típica habitual, permanente y de plazo indeterminado. Desafortunadamente, esto no ha logrado detener el abuso laboral, que sufren los trabajadores, por el mal uso de estas modalidades, porque la mano de obra mayoritariamente es realizada por migrantes y los beneficios sociales no son la prioridad de un recién llegado, quien *tolera* esta precariedad, en favor de no perder su, mal llamado, empleo.

Fundamento de existencia del mercado laboral atípico

No es posible que todo el mercado laboral, sea bajo la modalidad típica; no obstante, tampoco es correcto -ni razonable- *suponer* que el porcentaje de utilización de modalidades atípicas, como la contratación de trabajo eventual, se trata de un porcentaje pequeño del mundo del trabajo asalariado. El punto clave no es tan solo eliminarlo, o fomentarlo y simplemente dejarlo a la deriva para ver cómo se comporta. La calidad de las partes de un contrato de trabajo no es igual, ni equitativa, entonces mal haría el Estado en confiar que serán bien utilizadas las modalidades, que ponga a consideración de los empleadores, motivo por el cual existe el orden público laboral.

El objetivo de la legislación laboral debe ser la eliminación del estereotipo del empleo atípico como precariedad laboral o sinónimo de tercerización; con la intención de que se deje en claro que el trabajar, mediante un contrato eventual, o cualquier modalidad atípica de trabajo, no es ilegal, ni mucho menos un trato inhumano, simplemente es una modalidad de trabajo en tanto ésta sea empleo digno, que no vulnere derechos adquiridos.

El trabajo digno debe ser la prerrogativa de cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajador, no que todos trabajen 8 horas al día por 5 días a la semana hasta que llegue el momento de la jubilación como lo era en épocas donde la economía se basaba en la producción industrial manufacturera -método fordista-. El cambio de paradigma de la economía del trabajo, direccionada a los servicios, debe ser entendido por la legislación laboral, con miras a encontrar los medios idóneos para el fomento de empleo digno y sostenible como motor y base de la economía, tal como lo menciona el artículo 33 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Como se ve, las circunstancias, bajo las cuales se crearon las modalidades atípicas de trabajo, fueron eminentemente económicas, debido a que el sistema económico determina el mundo del trabajo y no a la inversa; porque la ecuación de la actividad económica es que primero el empresario decide producir y después contrata al trabajador, entonces no es posible hacer lo contrario; uno de los requisitos esenciales -y obligación del empleador en prácticamente todas las legislaciones- del contrato de trabajo es que el trabajador conozca, de antemano, las actividades a las cuales se va a dedicar bajo la subordinación del empleador.

Crecimiento de la economía de los servicios

El fundamento primario de la necesidad de crear nuevas modalidades de empleo fue el crecimiento de la estructura de los servicios; en los últimos años, el empleo atípico tomó un papel importante en la economía mundial, hasta tal punto que en el año 2013, el 47% del empleo global se trataba de modalidades atípicas de trabajo, ya sea empleo temporal, eventual o tiempo

parcial⁴. Este crecimiento exponencial obliga a la sociedad a adaptarse a las circunstancias en las cuales la economía se va desarrollando, entendiéndose que no es posible dejar de trabajar, porque la subsistencia deviene de ello, además de haberse constituido en un deber social.

La flexibilización organizacional es una tendencia derivada de la globalización. De manera que las empresas deben innovar constantemente, para mantenerse competitivas⁵. Uno de los aspectos inherentes a esa adaptabilidad es el relacionado a los costos laborales; bajo esa óptica, la modalidad típica de trabajo de plazo indeterminado se torna en una *camisa de fuerza* para el desarrollo de esa innovación. Por todo ello, el ideal no debe ser eliminar la flexibilización empresarial, sino, por el contrario, dotar de medios suficientes y novedosos, que permitan su ejercicio de manera efectiva, no discriminatoria, ni abusiva, respetando los derechos del trabajador y teniendo como objetivo primordial el desarrollo conjunto del sistema económico; y, solo en el caso de incumplir con esos principios, ser sancionados, mas no tener una penalidad *ex ante* -como en el caso de sobrecargos por contratos eventuales-, la cual se convierte en una circunstancia específica para ofrecer menos plazas de trabajo.

El mercado de servicios ofrece algo que la gente no quiere, o no puede hacer, esto dependerá de las preferencias de los consumidores para que los servicios ofrecidos, puedan insertarse dentro de un mercado. Si se sabe que no todos los mercados son iguales, ¿por qué han de ser las relaciones laborales todas

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 2016.

⁵ PORTER, M. La ventaja competitiva. Ciudad de México, *Harvard Bussines Review*, 1992.

iguales? Las variables exógenas de un mercado determinan el comportamiento del proveedor de los servicios hacia los consumidores de forma externa; internamente, las relaciones con sus empleadores no podrán desentonar con lo que la empresa ofrece y que, consecuentemente, necesita para poder seguir, proveyendo servicios.

La estructura de los servicios tiene una enorme participación actualmente y es el futuro del mercado laboral, principalmente porque el mercado, en general, provoca que las estructuras empresariales, que no puedan adaptarse a esa tendencia, puedan desaparecer. Hay que pensar que en el futuro, un incontable número de empleos serán reemplazados por la tecnología; la globalización no solo afectará a los empleadores, sino también a los trabajadores, debido a que deberán tornarse más competitivos, a fin de llenar las nuevas plazas de trabajo, que serán ofertadas en razón del nuevo modelo económico.

Para que un trabajador pueda ser más competitivo necesariamente deberá capacitarse, lo cual es un problema social, en el cual el Estado falla incesantemente; entonces, si el Estado es el causante de ofrecer un servicio de educación deficiente, siendo ésta una de sus obligaciones fundamentales, mal haría en exigir que los empleadores se arriesguen de forma desmesurada por contratar a trabajadores no cualificados y, mucho peor, de forma permanente, sin tener un medio para verificar la capacidad productiva de quien presta sus servicios lícitos y personales.

De tal forma, hay que interpretar que la contratación atípica, si es llevada de manera no abusiva, se convierte en una *catapulta* de oportunidades, en la cual el trabajador puede ofertarse al mercado laboral según sus necesidades y aptitudes; y, donde

los empleadores no deben incurrir en gastos exagerados e irracionales, por haberse equivocado en la contratación de un trabajador, que no tenga aptitud laboral. Ahondando, un razonamiento de tal índole únicamente puede ser realizado, a partir de un sistema educativo, en el cual no solo los empleadores conozcan cómo contratar, sino que los trabajadores sepan cómo deben ser contratados.

El mercado laboral, aún con determinadas y marcadas diferencias, se basa en un sistema de competencia, en el cual el ideal es la de brindar mejores servicios, o productos a un menor costo. La pregunta a responder es: ¿sólo las empresas compiten? La respuesta a ese asunto deberá ser en todo caso negativa, en la lógica de que los trabajadores también pueden mejorar sus competencias para dar un mejor servicio, a un menor costo, el cual no tiene por qué ser esencialmente económico, sino representado en un menor número de horas de trabajo.

Es decir, el costo de un trabajador será el desgaste físico y psicológico, resultante de la prestación de sus labores, de modo que entre menor sea el desgaste físico, mayor será la posibilidad de un acercamiento a un real trabajo digno. Por tanto, el beneficio que obtiene un trabajador en laborar eficientemente y no constantemente, mediante un estándar impuesto, es la conservación de su salud, el cual es el objeto de protección y corolario del Derecho laboral.

Esta confusión es la que ha llevado a la errónea idea de que el Derecho del trabajo busca que se respete únicamente el salario del trabajador y que éste no disminuya, una idea totalmente retrógrada, porque si así fuese, con tal de ganar más se permitiese el trabajo de jornadas extendidas de labor, lo cual, evidentemente,

no es así, por la existencia de límites legales de la jornada de 8 horas, con el fin de promover el bienestar del trabajador.

Colisión entre costos (incentivos), regulación y economía real

Los contratos laborales que una empresa necesite para su desarrollo productivo, irán acordes a las necesidades que tenga, de tal modo, el empleador será quien elija la figura contractual que más encaja dentro de aquella estructura organizacional. Así, con el objeto de elegir los requerimientos laborales de la empresa, el empleador ha de enfocarse en el aspecto *fuerte* de ésta, con el fin de crear una ventaja competitiva.

Por ello, si la empresa se encarga de brindar servicios financieros, evidentemente, la limpieza no va a ser un requerimiento preponderante, sino circunstancial por lo que no será una prioridad como inversión laboral. Cuando no está dentro del giro del negocio de la empresa el contratar personal de planta, es completamente improductivo hacerlo, por lo cual se recurre a contratos de modalidad atípica de empleo, reduciendo horas de trabajo e imponiendo plazos fijos de duración por la simple razón del giro del negocio de la empresa.

La regulación es buena cuando responde a elementos reales, sociales y económicos. Gracias a determinados factores de cultura desregulatoria de la década de los 90, el empleo atípico representa en muchos países un enorme porcentaje del empleo. Por ende, si la actividad legislativa y la política económica se enfocan en eliminar esas modalidades de trabajo, sin meditar su valor e importancia, obligaría al modelo económico a retroceder en el ámbito de la producción, sin considerar los nichos de mercado, que se están desarrollando en la actualidad.

Aquello no hace más que demostrar nuestra inquietud e ignorancia, la cual deviene de un deficiente sistema de educación; si bien no todos los participantes del sistema serán profesionales, es muy probable -y casi seguro- que sí han sido trabajadores asalariados en alguna etapa de su vida o durante toda ella; por lo tanto la educación, con respecto a una contratación responsable del trabajo y el conocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, debe ser el pilar del ejercicio estatal. Mas no pensar únicamente en represalias contra quienes se arriesgan a emprender y que, consecuentemente, crearán plazas de empleo. Por lo mencionado, la interrogante es: ¿el sistema educativo nos educa sobre los derechos laborales?, he ahí el punto de inicio para la búsqueda de una sociedad igualitaria, de empleo digno y responsable.

Conclusiones

- El trabajador presta su fuerza de trabajo en beneficio de otro, a cambio de una contraprestación económica en forma de salario; a eso se le llama relación laboral, la cual se funda en un principio de subordinación, lo que determina la intervención del Derecho del trabajo. La protección del trabajador ante posibles abusos es el objetivo de la normativa laboral, pero ésta no se puede contraponer a las políticas económicas de creación de empleo, por tanto, es necesario una armonía entre estas dos obligaciones estatales.
- Es necesaria la existencia de un orden público del trabajo, debido a que impone mínimos a los agentes del mercado laboral, con la intención de que en las relaciones de trabajo no se apliquen prácticas

abusivas. No obstante, el cumplimiento estricto de ello no siempre es posible, motivo por el cual deben buscarse otros medios para cumplir con su labor de guarda de derechos.

- La contratación laboral atípica no es tercerización. En primer lugar, porque la tercerización es un estado de inseguridad e indefensión del trabajador, en relación a su plaza de trabajo; en segundo lugar, las modalidades atípicas simplemente son variantes de la contratación, en función de las necesidades del mercado del empleador, donde la contratación típica no es eficiente. En consecuencia, la tercerización laboral injusta y precaria es un cáncer de la sociedad, que todo Estado debe buscar eliminar; y, no a las modalidades atípicas de empleo, las cuales cumplen con los principios fundamentales del trabajador.
- El recargo en la remuneración, debido al uso del contrato eventual, es un error, porque ese recargo va a ser entendido por el trabajador como un beneficio, de modo que en su búsqueda de un mayor salario, puede dejar de lado sus derechos irrenunciables, algo completamente intolerable e inadmisibles. Si el trabajador entiende como un mayor salario a ese recargo, se convertirá en un incentivo, en razón del cual preferirá ganar más, con varios contratos eventuales repetidos, que ganar menos, con un contrato permanente, dejando de lado sus derechos adquiridos.
- El costo de un trabajador, quien presta sus servicios y labores, constituye un desgaste físico y psicológico;

entonces, entre menor sea el desgaste físico, mayor será la posibilidad de un acercamiento a un real trabajo digno. Por tanto, el beneficio que obtiene un trabajador en laborar eficientemente y no constantemente, recae en la conservación de su salud y bienestar, el cual es el objeto de protección del Derecho laboral.

- El Estado es el responsable de no brindar un sistema de educación, en el cual se otorguen a todos sus miembros conocimientos esenciales sobre los derechos del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN, E. N. “La libertad económica y su protección”, *Revista Chilena de Derecho*. N.º 28 (2), 2001. Obtenido de la siguiente página web: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14902/000334704.pdf?sequence=1>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

CLIMENT, F. B. “Derecho laboral y liberalismo igualitario”, Larrañaga Monjaraz, P., Salazar Ugarte, P., y Cerdio, J. *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*. tomo II. Ciudad de México, UNAM, 2018. Disponible en la siguiente página web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4589/18.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

COBO, J. M. *La tercerización como herramienta de gestión empresarial*. Medellín, Universidad EAFIT, 2017.

CROWE, A. P. “La motivación para emprender. Evolución del modelo de rol en emprendedores argentinos”. Buenos Aires, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2010. Disponible en la siguiente página web: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:CiencEcoEmp-Apcardoza/Documento.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

FIGUEROA, G. G. “Contenido del contrato de trabajo, obligaciones de las partes”, Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela,

E. Instituciones del Derecho del trabajo y la seguridad social. Ciudad de México, UNAM, 1997.

FRANCO, F. S. “La importancia de los factores productivos y su impacto en las organizaciones agrícolas en León, Guanajuato”, mayo de 2016. Disponible en la siguiente página web: <http://www.scielo.org.co/pdf/agor/v16n2/v16n2a03.pdf>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El empleo atípico en el mundo: retos y perspectivas.* Ginebra, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2016.

PORTER, M. *La ventaja competitiva.* Ciudad de México, Harvard Business Review, 1992.

RINCÓN ARANGO, L.F., y ROZO VALLEJO, J.C. *La tercerización como estrategia y ventaja competitiva en una empresa de confección.* Manizales, Universidad de Manizales, 2012.

SÁNCHEZ, M. G. “El caso UBER desde una visión pública del Derecho”. La Rioja, 11 de junio de 2018. Disponible en la siguiente página web: <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6827/GARC%C3%8DA%20S%C3%81NCHEZ%20MARGARITA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. (última consulta el 7 de junio de 2019)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. *Ejercicio y límites del Ius Variandi del empresario.* Madrid, 25 de febrero de 2018.