



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando

ORGANIZACIÓN COMPLEJA DE EMPRESAS Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO DEL
TRABAJO. UNA VISIÓN COSTARRICENSE

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 9, julio-diciembre, 2009, pp. 3-28

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640264001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

ORGANIZACIÓN COMPLEJA DE EMPRESAS Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO. UNA VISIÓN COSTARRICENSE

Fernando BOLAÑOS CÉSPEDES*

Resumen. El presente trabajo aborda con una visión global el fenómeno denominado por algunos como la organización compleja de empresas, dentro del cual se inserta el tema de la descentralización productiva, el llamado *outsourcing*, la subcontratación y la intermediación laborales. De esta forma, se analizan las tendencias modernas en estos campos y sus principales causas; la legislación y la jurisprudencia costarricense tanto en materia de intermediación laboral como de subcontratación, así como el tema de los llamados trabajadores dependientes-independientes, como un fenómeno novedoso en el derecho del trabajo. El asunto es analizado a la luz de fenómenos sociales propios de la sociedad costarricense, y siempre en relación con la problemática más amplia de la transformación de las empresas y la figura de la subcontratación.

I. DESORGANIZACIÓN Y CAMBIO

Desde distintos ángulos y enfoques, la doctrina del derecho laboral, de ambos lados del Atlántico, plantea el cambio en la forma en que se organiza la producción para el mercado dentro de nuevos espacios de desarrollo del sistema capitalista internacional, así como la forma en que ello afecta a las empresas y a las relaciones que se establecen al interior y fuera de ellas. Al analizar el impacto de tales cambios en el mundo del derecho del trabajo y en lo que ha sido la figura del contrato laboral clásico, algunos autores nos hablan de la “desorganización del derecho del trabajo”,¹ de una era de “pos-fle-

* Profesor universitario de Derecho del trabajo y consultor independiente; magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (ferbola@ice.co.cr).

¹ De acuerdo con Fernando Valdés Dal-Ré, “...la descentralización productiva, al multiplicar los centros de imputación de cargas y responsabilidades y al diversificar los poderes de

xibilidad”² y de procesos de “deslaboralización”.³ En todos los casos, se trata de compendiar una nueva realidad en la cual, gracias a la existencia de lo que podemos denominar “organizaciones complejas de empresas” y al aumento del llamado trabajo autónomo —este último fuera de las fronteras tradicionales del derecho laboral—, se recrea una nueva organización del mundo del trabajo. En esta nueva organización, al decir de algunos,

se diseñan sistemas de coordinación y control más capilares y menos centralizados, técnicas de producción susceptibles de una gran adaptación, unidades a las que se asignan resultados medibles y objetivos verificables. Se supera el modelo “fordista-taylorista”, implantándose grupos de trabajo dotados de relativa autorregulación, formas de profesionalidad polivalentes y puestos de trabajo a los que se encomiendan funciones más abiertas, integradoras y responsables.⁴

La fenomenología de las organizaciones complejas de empresas incluye el llamado *downsizing*, o empequeñecimiento de las empresas como un primer capítulo de la nueva autonomía de que se habla, así como también incluye la interrelación entre empresas, gracias a procesos de descentralización y filiación, lo cual nos conduce a lo que Valdés Dal-Ré, parafraseando a Castells, llama la empresa-red, en tanto esa imagen reproduce la organiza-

organización, ha desorganizado el patrón clásico de la figura del empresario”. “Descentralización productiva y desorganización del derecho de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, San José, Costa Rica, núm. 2, junio de 2002, p. 49.

² Raso Delgue, Juan, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho de trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000, Outsourcing Grupo de los Miércoles, p. 44.

³ Baylos Grau, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 68.

⁴ Blat Gimeno, Francisco, “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 y 19.

⁵ Para Fernando Valdés Dal-Ré (*op. cit.*, nota 1, p. 1), el modelo de organización tradicional de las empresas descansaba en tres pilares: “el control del entero ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica”. Pues bien, “este modelo habría sido sustituido por otro de rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa cederá el paso a la descentralización y la autonomía, a la interconexión interna y externa”.

ción económica actual, capaz de formarse y expandirse “por todas las calles principales y callejones de la economía global”.⁵ Dentro del marco de las empresas-red, habría que enfatizar, eso sí, no sólo el “momento” de la descentralización (subcontratación, trabajo autónomo, etcétera), sino también en los procesos de filiación y de unión entre empresas, sea mediante procesos de absorción o de coordinación. En este sentido, Pérez del Castillo nos introduce en la importante noción de “conjunto económico”, la cual nace “para considerar la existencia de un empleador único en situaciones en las que aparece más de una sociedad como empleador”, y donde sin embargo es posible encontrar criterios de subordinación que a su vez permiten identificar una unidad económica.⁶ Precisamente a esta nueva forma de organización empresarial ha hecho alusión Supiot, al señalar que “...las grandes empresas no pueden más ser concebidas como una colectividad homogénea de trabajo, subordinadas a sus patronos bajo la égida de una ley nacional. Ellas se inscriben dentro de una red, es decir, dentro de una estructura polícentrica, con ramificaciones internacionales y con fronteras movedizas donde cada elemento es a la vez autónomo y tiene que competir con los intereses del conjunto”.⁷

Las organizaciones complejas de empresas plantean a los trabajadores problemas muy claros que, en palabras de Krause, generan al menos los siguientes riesgos: riesgo de información (no sabe el trabajador quién es su patrono); riesgo de vacío (existe duda en cuanto a quién asume el cumplimiento de la normativa garantista contenida en la legislación laboral); riesgo de regulación (al enfrentarnos a estructuras transfronterizas, las decisiones que afectan a los trabajadores se toman en países distintos); riesgo de manipulación (las empresas pueden realizar maniobras contables o de oportunidad para desorientar al trabajador), y riesgos de participación (los trabajadores y sus organizaciones son más vulnerables).⁸

⁶ Pérez del Castillo, Santiago, “Conjunto económico o grupos de empresas”, en Raso Delgue, Juan, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho de trabajo, cit.*, nota 2, p. 3.

⁷ Supiot, Alain, *Conférence sur L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Annecy*, documento mimeografiado, 18 y 19 de enero de 2001.

⁸ Krause, Rudiger, intervención en el Congreso Europeo de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, celebrado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguri-

Nuevas empresas, nuevos desequilibrios

Dentro del sacudimiento que se produce a nivel de las nuevas formas de organización empresarial, algunos autores han puesto su mayor atención en los efectos de la llamada descentralización productiva, colocando el acento en los procesos de disociación entre la relación jurídica que une a empleadores contratantes y sus trabajadores, *versus* la relación económica sustancial que en la práctica se da entre empresa usuaria o receptora de los servicios y los trabajadores.⁹ Otros enfatizan en la separación de grupos importantes de trabajadores fuera de las fronteras de las relaciones laborales, refiriéndose, por ejemplo, al despido de asalariados, quienes luego son contratados por empresas desprendidas de la original, o se ven enfrentados a nuevas responsabilidades empresariales como microempresarios, en ambos casos bajo condiciones sociales y económicas inferiores a las que antes gozaban.¹⁰

Dentro de esta misma línea de pensamiento, la doctrina destaca la situación que se presenta, aun para quienes se mantienen bajo las formas tradicionales del derecho del trabajo, de aquello que denominan la individualización de las relaciones laborales, fenómeno por el cual se describe la fragmentación del conglomerado natural de los trabajadores subordinados frente al empleador, sin que esa individualización signifique ninguna ventaja real para el trabajador que así contrata en solitario.¹¹ De esta manera, en palabras de

dad Social, durante la mesa redonda titulada *Responsabilidad de los empresarios en organizaciones complejas de empresas*, en Freiburg, Alemania, el 18 de septiembre de 2008.

⁹ Rosembaun, Jorge y Castello, Alejandro, *Subcontratación e intermediación laboral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 17.

¹⁰ Así, por ejemplo, Plá Rodríguez señala como consecuencias negativas para los trabajadores, fruto de la descentralización empresarial, las siguientes: “Muchos de los trabajadores ya sea perdieron su trabajo engrosando la larga lista de los desocupados, ya sea como titulares de las empresas unipersonales se ven enfrentados con todas las responsabilidades empresariales, tanto del punto de vista tributario como de la contribución a la seguridad social... En general, los trabajadores que han sido tercerizados —o sea que siguen trabajando en alguna de las empresas desprendidas de la primitiva— reciben un salario inferior al que perciben los empleados que han permanecido en la empresa. Se produce una igualdad de retribución, tanto más cuestionable cuanto siguen trabajando juntos o vinculados entre sí. Esta diferencia de nivel de remuneración entre personas que antes ganaban lo mismo y que continúan trabajando en el mismo ambiente constituye una fuente incesante de descontento”. Plá Rodríguez, “La descentralización empresarial y el derecho de trabajo”, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho de trabajo*, cit., nota 2, p. 1.

¹¹ De acuerdo con Antonio Baylos Grau (*op. cit.*, nota 3, p. 1), “la individualización de los

Valdés: “la uniformidad ha dado paso a la diversidad”, donde “la calidad de las condiciones de trabajo ya no se mide, o ya no sólo se mide en función de los criterios más tradicionales, como pueden ser, por ejemplo, las habilidades profesionales y la experiencia del trabajador o los resultados económicos de la empresa”.¹² Para este autor, entonces, los patrones o estándares de referencia que definen el estatuto jurídico del trabajador pueden ser otros tantos, tales como el valor añadido del trabajo al producto final y “sobre todo la posición del propio trabajador en la empresa-red: a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse”.¹³

En resumen, la doctrina del derecho laboral mantiene plena conciencia de que los procesos de modernización de las empresas, tanto en el ámbito internacional como a nivel local, tienden a acrecentar los desequilibrios entre el capital y el trabajo, creando además regímenes legales de contratación laboral diferenciados entre trabajadores de un mismo país. Esta última idea es central en cualquier análisis sobre el tema de la descentralización empresarial y de sus consecuencias en el mundo moderno, sobre todo para países periféricos como es el caso de los centroamericanos.

A continuación me permito destacar algunos de los efectos que los cambios empresariales en un mundo de organizaciones complejas de empresas han producido en Costa Rica, enfocándonos en el fenómeno de la intermediación y subcontratación laborales, y en el tema del teletrabajo.

II. INTERMEDIACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN LABORALES

1. *Aproximación al tema de la subcontratación y la intermediación*

Lo que la terminología más aceptada pretende describir bajo las figuras de la intermediación y subcontratación laborales es la disociación de las re-

contratos a que hacemos referencia, termina convirtiéndose en un signo de desigualdad e implica la inmunización frente a la acción sindical y la ampliación desmesurada de los espacios de poder unilateral del empresario, a lo que hay que añadir el deterioro de la posición del trabajador atípico dentro del sistema de protección de la seguridad social. El acuerdo negociado «diblemente» entre el empresario y el trabajador no es sino la expresión de la prevalencia indiscutida de la voluntad unilateral del empleador”.

¹² Valdés Dal-Ré, Fernando, *op. cit.*, nota 1, p. 1.

¹³ *Idem.*

laciones de trabajo a que arriba hacíamos alusión cuando nos referíamos a la situación que con frecuencia observamos de discrepancia entre la relación empresa usuaria y trabajador, respecto de la relación jurídica entre contratante y trabajador. Los autores Rosembaun y Castello nos describen muy bien el panorama cuando señalan lo siguiente:

...frente a la flexibilización de la organización de la actividad empresarial que produce una dicotomía entre el sujeto que contrata con el trabajador (relación laboral formal) y el que recibe las utilidades derivadas del servicio (relación económica o sustantiva), la doctrina ha comenzado a reclamar la flexibilización del concepto de empleador, teniendo en cuenta no sólo datos formales como quién es el que paga o quién es el que contrata al trabajador, sino otros elementos sustanciales como la dirección, control y disciplinamiento del trabajador y la percepción de los frutos de éste. De esta manera, se propone considerar no sólo a quien contrata al trabajador, sino también al que recibe los beneficios o rendimientos y ejerce poderes de organización laboral y dirección, lo que puede llevar a situaciones en las que exista un empleador complejo o co-empleadores.¹⁴

Autores como Plá Rodríguez distinguen entre descentralizaciones normales y patológicas. Las normales —nos indicará el maestro uruguayo— son las que resultan de las razones productivas provenientes de la misma índole de las tareas que deban cumplirse y que puedan requerir una mayor especialidad, idoneidad o instrumentos adecuados. Las patológicas son las que buscan eludir responsabilidades y bajar costos. Sean ellas de carácter laboral u organizativas, sean de carácter tributario o vinculadas con la seguridad social.¹⁵ Desde este punto de vista, habría formas de descentralización “naturales” o ajustadas a las necesidades de la empresa, mientras que otras se independizan de cualquier necesidad objetiva para ser el fruto de la simple intención de eludir la ley común. En realidad, pareciera que con excepción de aquellas situaciones que se dan en abierto fraude de ley, las cuales son más fáciles de detectar por el operador jurídico y particularmente por el juez, el mayor reto que enfrenta el derecho laboral es el de la subcontratación “normal”, que ya

¹⁴ Rosembaun, Jorge y Castello, Alejandro, *op. cit.*, nota 9, p. 4.

¹⁵ Plá Rodríguez, “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, *op. cit.*, nota 10, p. 1.

no puede seguir observándose como un fenómeno patológico del derecho del trabajo para convertirse más bien en un elemento estructural del sistema de relaciones laborales.

Sanguinetti advierte sobre el error de ver en toda forma de exteriorización de las empresas, relaciones de trabajo escondidas, pues detrás del fenómeno de la descentralización se “encuadran también trabajadores autónomos auténticos, que laboran contando con su propia organización y asumiendo los riesgos de su actividad, cuya aportación a la empresa no se realiza a través de la tradicional puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sino por la vía de coordinación de actividades”.¹⁶ Siendo correcto hacer la distinción entre trabajadores autónomos que ciertamente gozan de autonomía plena en la ejecución de sus funciones, respecto de autonomías sólo aparentes, el problema de la distinción de Sanguinetti es el de insistir en utilizar como criterio de separación parámetros absolutamente formales, como es el de la “subordinación jurídica”, olvidando quizá que el fenómeno de la descentralización empresarial sobrepasa cualquier técnica jurídica anterior, y que requiere a la larga de nuevos instrumentos tanto jurídicos como sociales para ubicar correctamente los nudos de nuevas relaciones jurídicas. Y es que, como bien lo señala Valdés, la externalización de las actividades de la empresa no sólo ha expandido los límites del trabajo autónomo, sino que también ha cambiado el perfil del trabajador autónomo.¹⁷ En efecto, el trabajador autónomo de hoy, sobre todo el que se desenvuelve en la economía informal, en el teletrabajo, en el trabajo a domicilio como parte de una cadena de empresas maquiladoras internacionales, etcétera, goza de ámbitos de autonomía muy limitados, problema que arranca de su misma carencia de capital y de

¹⁶ Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Perú, ARA Editores, 1997, pp. 66 y 67. Explica este autor que “a diferencia de lo que sucede con las formas tradicionales de aprovechamiento del trabajo en régimen de dependencia, en los supuestos de coordinación de actividades, la vinculación de la labor del sujeto al proceso productivo de la empresa comitente no se deriva del ejercicio por parte de su titular de poder alguno de conformación de la prestación laboral, sino de la estipulación de un específico «programa ne-gocial» dentro del cual se inscribe como un medio para su realización. De allí que dicha coordi-nación no excluya la autonomía de quien trabaja en cuanto a la elección de las modalidades de ejecución del trabajo, y sea capaz de dar lugar a relaciones en principio excluidas de la apli-cación del derecho del trabajo”.

¹⁷ Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, nota 1, p. 1.

medios de producción propios. Por ello consideramos correcto pensar que “el principal problema que suscita este florecimiento del trabajo autónomo es discernir su ubicación en el ordenamiento jurídico y, más en concreto, precisar la función reguladora, si alguna, que corresponda al ordenamiento laboral”.¹⁸ Seguir pensando que para salvar la pureza del derecho laboral éste no debe contagiarse con otras formas de relación social sería cerrar las puertas a la realidad, pensando que ésta debe ajustarse al derecho, cuando lo contrario es lo correcto.

Bronstein, por su parte, ensaya una tipología aplicable específicamente a la subcontratación, distinguiendo entre la subcontratación de mano de obra a través de un intermediario, respecto de la subcontratación de obras, servicios o tareas, según un esquema obligacional civilista o comercial.¹⁹ Coincide parcialmente esta clasificación con la información que brinda Montoya Melgar cuando señala que el derecho español del trabajo conoce dos modalidades básicas de prestaciones laborales: la figura de las contratas (y subcontratas) y la figura de las empresas de trabajo temporal.²⁰ No existe en la legislación costarricense una diferenciación tan clara ni una regulación al respecto, por lo que la participación de intermediarios y subcontratistas sigue juzgándose a la luz de criterios tradicionales, como son los que distinguen entre intermediario y empleador, o el que permite aplicar el principio de primacía de la realidad.²¹

¹⁸ Bronstein S., Arturo, “Subcontratación laboral”, en Alburquerque, Rafael y Buen, Néstor de (coords.), *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, México, Porrúa, 2000, p. 207.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Montoya Melgar, Alfredo, “Contratas y subcontratas en el derecho español del trabajo”, en Alburquerque, Rafael y Buen, Néstor de (coords.), *op. cit.*, nota 18, p. 179.

²¹ El artículo 3o. del Código de Trabajo de Costa Rica, muy cercano a lo que establecen los artículos 12 y 13 de la Ley Federal de Trabajo de México, de quien debe haber recibido inspiración, indica lo siguiente: “Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Éste quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, sus reglamentos y las disposiciones de previsión social. Serán considerados como patronos de quienes trabajen —y no como intermediarios— los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios”. Debemos reconocer que con herramientas jurídicas elementales, como las anteriores, nuestra jurisprudencia ha hecho un esfuerzo por adaptarse a los cambios de la descentralización empresarial, logrando por ejemplo identificar grupos de interés económico, en los que se demuestre la relación económica entre las empresas del grupo, e imponiendo un deber de solidaridad de las mismas respecto del trabajador. En tal sentido, se

2. *Marco jurídico costarricense para la intermediación y subcontratación laborales*

El Código de Trabajo de Costa Rica, legislación que data de 1943, contiene un solo artículo sobre la figura de la intermediación laboral. Nos referimos al artículo 3o. de dicho Código, el cual reza:

Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Éste quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se derivan del presente Código, de sus reglamentos y de las disposiciones de previsión social.

Serán considerados como patronos de quienes les trabajen —y no como intermediarios— los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios.

La jurisprudencia costarricense ha debido resolver con sólo esta norma distintos casos de intermediación y de subcontratación, para lo cual ha establecido algunas soluciones importantes. De ese modo, se considera como verdadero intermediario, por así decirlo, a quien no tiene capital propio, de modo que si se logra probar en el proceso judicial que un intermediario pretende erigirse en patrono aparente, sin ser un verdadero empresario, se reputará como empleador a quien sí tiene capital propio, en tanto se trate de la empresa usuaria de los servicios del trabajador. Así, por ejemplo, en el caso de una empresa dedicada a la construcción donde un sujeto aportaba el dinero y los materiales de las obras, mientras sobrinos suyos (aparentes empresarios independientes) ejecutaban las obras por contrato, mediante sociedades formalmente independientes y contrataban personal, la Sala de Casación concluyó que:

...los sobrinos eran intermediarios del demandado; pues se encargaban de dirigir la respectiva obra, así como de contratar a los trabajadores y darles las órdenes, como sucedió en el caso del actor. Las pruebas testimonial y documental nos muestran claramente cómo el salario y las obligadas car-

acepta que “una explotación económica esté integrada en varias formas jurídicas”. Sentencia núm. 111 de las 16:10 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 4 de febrero de 2000.

gas sociales de los trabajadores eran cancelados con base en el adelanto del precio total de la obra que hacía el demandado. Otra circunstancia que nos demuestra que los sobrinos del demandado eran intermediarios y no patronos, la constituye el hecho de que el accionado aportaba el dinero necesario para comprar los materiales de construcción, requeridos para la realización de cada obra. Por esto, es el accionado quien debe ser considerado como empleador del actor; con todas las consecuencias legales que esa situación ha generado.²²

La figura del intermediario que contempla el artículo 3o. del Código Laboral costarricense es entonces la de la intermediación clásica, en que éste se encarga solamente de servir de enlace entre un empleador que requiere mano de obra y uno o varios trabajadores que necesitan empleo. En este caso, según nuestra legislación, el intermediario, pese a no contar con capital propio, resulta solidariamente responsable con el patrono, frente a las obligaciones de éste con sus empleados. Distinto es el caso del patrono aparente, donde un intermediario pretende hacerse pasar como empleador cuando en realidad no lo es, disfrazando un contrato real entre el usuario de los servicios y los prestadores de los mismos. En este último caso, independientemente de que ese tercero —que se presta para esconder el contrato real— pueda reputarse como intermediario o no, lo importante es que la justicia laboral va a reputar como patrono a quien realmente ejerza la dirección y a quien tenga además los medios propios para contratar y pagar los servicios que recibe.

No contiene el ordenamiento jurídico costarricense ninguna disposición sobre la figura de las llamadas empresas de trabajo temporal, pese a que en nuestro país varias agencias de empleo privadas, y otras que no lo son, prestan en la práctica estos servicios. Nos referimos a empresas que tienen sus propios trabajadores y los colocan al servicio de otros empleadores, bajo cuya dirección y organización laboran. Nuestra jurisprudencia ha señalado, en este caso, que la empresa que contrata los servicios de los trabajadores que pone a disposición de otros, es responsable del cumplimiento de la legislación laboral. Así, en el caso de una trabajadora embarazada de una em-

²² Sentencia núm. 2000-00805 de las 9:30 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 6 de septiembre de 2000.

presa costarricense que la contrató para laborar temporalmente en el Instituto Costarricense de Electricidad (la empresa pública más importante del país en materia de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica) y que pretendió despedirla al término de su contrato con dicho Instituto, pese a su estado de gravidez, la Sala de Casación analizó la figura de las empresas de trabajo temporal, señalando lo siguiente:

Ante la ausencia de norma expresa que impida el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal, cabe concluir que no existe obstáculo para su constitución y funcionamiento, ya que en tal caso devienen aplicables las previsiones normativas contenidas en el artículo 28 de la Constitución Política, que dispone que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”. Ciertamente, nuestro país ratificó el Convenio núm. 96 de la Organización Internacional del Trabajo “Sobre las agencias retribuidas de colocación”, de 1949, mediante Ley núm. 2561 del 11 de mayo de 1960, comprometiéndose a suprimir progresivamente las agencias de colocación con fines lucrativos (al adherirse expresamente a la segunda parte del Convenio). No obstante, dicho instrumento no resulta aplicable a las empresas suministradoras de mano de obra temporal, como lo explica Ameglio, para quien las diferencias que existen en el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal y las agencias retribuidas de colocación no son formales, sino reales, lo que obliga a un tratamiento distinto de estas dos figuras. Así, mientras la agencia de colocación agota su intermediación cuando coloca al trabajador en un empleo, sin permanecer vinculada con este último ni con su empleador, la empresa de trabajo temporal asume, respecto del trabajador que pone a disposición de la empresa cliente, las obligaciones y riesgos que incumben a todo empleador. Asimismo, existe una relación contractual definida, si bien transitoria, entre la empresa suministradora y la cliente, lo que no ocurre cuando interviene una típica agencia de colocación.²³

La sentencia que se cita, si bien favoreció a la trabajadora, pues interpretando los principios propios del derecho del trabajo, como el principio de continuidad de la relación laboral, condenó a la empresa de trabajo tempo-

²³ Sentencia núm. 2004-00830 de las 09:35 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 10. de octubre de 2004.

ral a reconocer sus derechos laborales por terminación abusiva del contrato laboral, incurre a nuestro juicio en varios errores que podrían tener consecuencias perjudiciales en otros casos.

En primer término, si bien es cierto que Costa Rica suscribió el Convenio núm. 96 de la OIT, denominado Convenio sobre las Agencias Retributivas de Colocación, siguiendo la tendencia de la época, es cierto que según la parte primera de ese Convenio, a la cual se adhirió Costa Rica, el compromiso del país era eliminar definitivamente las agencias privadas de empleo. No sólo eso, sino que el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, mediante reforma introducida en 1973, prohibió expresamente el funcionamiento de las agencias pagadas de colocación, así como las actividades de intermediarios.²⁴ Como contrapunto de la observación que hace la sentencia citada, resulta ser que en nuestro país no sólo no han desaparecido las agencias de empleo privadas, sino que las mismas han proliferado, existiendo algunas que incluso funcionan de manera totalmente informal, prácticamente en el hogar del propietario.

Un segundo problema del fallo judicial antes mencionado es que separa la actividad de las agencias de empleo privadas, tal como si éstas sólo se dedicaran a la intermediación clásica, de la labor que realizan las empresas de trabajo temporal. Esto es incorrecto, pues en la práctica las agencias de empleo temporal se dedican, tanto en nuestro país como en muchos otros, no sólo a la simple colocación de trabajadores en empresas usuarias, sino que además realizan la contratación de personas bajo su propia nómina y organización, para ser puestas al servicio de otra empresa usuaria. En Costa Rica las más importantes agencias de empleo manejan ambos esquemas, los cuales por cierto ya se encuentran previstos en el Convenio núm. 181 de la Organización Internacional del Trabajo, conocido como Convenio sobre las Agencias Privadas de Empleo, adoptado en la Octogésima Quinta Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en 1997. Este Convenio núm. 181 no ha sido ratificado aún por Costa Rica.

²⁴ El artículo 80 señala textualmente lo siguiente: “Queda prohibido el funcionamiento de agencias pagadas de colocación; así como las actividades de intermediarios; sin embargo, las empresas pueden elegir libremente entre los trabajadores inscritos en esta oficina o contratar directamente los servicios de personas no inscritas”. Este artículo fue reformado mediante Ley núm. 5311, del 14 de agosto de 1973, *Gaceta* núm. 168 del 31 de agosto de 1973.

Ahora bien, lo importante del fallo judicial tantas veces aludido no es que admita como posible el funcionamiento de empresas de trabajo temporal pese a que la ley no las contemple. Se trata de una realidad que la jurisprudencia no podía ignorar, y al aceptarlas como sujeto de obligaciones jurídico laborales hizo bien. El problema que se plantea para el ordenamiento costarricense es que mientras el artículo 3o. del Código de Trabajo prevé la figura de la solidaridad entre intermediario y empleador, no contiene nuestra legislación una regla de solidaridad para proteger a los trabajadores frente a empresas de trabajo temporal que no cuenten con los medios económicos para atender el cumplimiento de la legislación garantista a que tienen derecho. Existe aquí un enorme vacío jurídico que ni siquiera se resolvería con la ratificación del Convenio núm. 181 de la OIT, sino que precisaría, seguramente, de una reforma legislativa para introducir una regulación que resuelva situaciones de incertidumbre sobre la verdadera figura del patrono o de insolvencia del tercero, cuando estemos ante casos de intervenciones de empresas de trabajo temporal.

En cualquier caso, en tanto esa reforma legislativa se produce, el ordenamiento costarricense debe llenar la laguna que aquí se plantea, signada, según se acaba de exponer, por la intervención de empresas de trabajo temporal. Veamos algunas posibilidades que ofrece la legislación y la jurisprudencia ante estas situaciones. Si la empresa usuaria y la empresa de servicio temporal formaran parte de un mismo grupo económico, nuestra jurisprudencia no tendría problema en responsabilizar a ambas por las obligaciones laborales como patrono. Así lo ha resuelto con fundamento en los principios de primacía de la realidad, de la buena fe y de la teoría del abuso de derecho, importado del derecho civil. En sentencia de la Sala de Casación de las diecisésis horas del 4 de febrero de 2000, analizando precisamente estos temas, señaló dicho alto tribunal lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 15 del Código de Trabajo, los casos no previstos por ese cuerpo normativo deben ser resueltos por los principios generales del derecho del trabajo, entre los cuales destaca desde siempre el que se acaba de señalar —primacía de la realidad—. Según éste, los hechos prevalecen sobre las formas o apariencias. En ese sentido, para determinar la figura patronal, no interesa la forma de organización adoptada, sino

quién o quiénes en realidad la constituyen, a efecto de determinar él o las obligaciones respecto del trabajador. Sobre el particular, esta Sala en el voto número 236, de las 10:00 horas del 2 de octubre, señaló: “Debe tenerse presente que, por la materia en que nos encontramos, lo que debe prevalecer es el principio de primacía de la realidad y es suficiente con que se pruebe la existencia de una comunidad económica, un grupo de personas físicas o morales que operen conjuntamente, para que pueda responsabilizarse a todos por las prestaciones del trabajador. En estas situaciones debe irse más allá de las apariencias societarias formales, para llegar a la realidad y no hacer nugatorio el ejercicio efectivo de los derechos del trabajador. En el sub-lite, es claro que la transformación sufrida por la sociedad no puede perjudicar al trabajador, toda vez que los cambios introducidos por la parte patronal no pueden producir perjuicio al trabajador, a quien ni siquiera se le informó del cambio en momento alguno”.²⁵

Distinta se presenta la situación cuando no se puede hablar de un mismo grupo económico al que pertenezcan la empresa usuaria y la empresa que contrata a los trabajadores, pese a que nuestra jurisprudencia también ha pretendido en algunos casos resolver el vacío con la misma tesis de los grupos económicos y la aplicación del principio de primacía de la realidad.²⁶

Para estos casos en que la solución resulta más difícil, la solución bien puede consistir —y así lo ha establecido la jurisprudencia en casos como el ya mencionado antes en la sentencia de la Sala de Casación del 6 de septiembre de 2000—²⁷ en interpretar que ante la insolvencia de la contratante para hacer frente a sus obligaciones patronales, ésta se reputa como intermediaria, para los efectos del artículo 3o. del Código de Trabajo, y la empresa usuaria se tiene como empleador, estableciéndose, a tenor de la misma norma jurídica, una solidaridad legal entre intermediario y patrono.

²⁵ Sentencia 2000-110 de las 16:00 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 4 de febrero de 2000.

²⁶ Es el caso de la sentencia núm. 160 del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, Sección Segunda, de las 09:50 horas del 27 de febrero de 2002, en la cual se tuvo como parte de un mismo grupo económico a una cooperativa administradora de una guardería infantil de trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad y al propio Instituto, siendo que evidentemente se trataba de dos patronos con naturaleza jurídica muy diferente entre sí.

²⁷ *Cfr.* nota 22.

Una condición particular se presenta en el caso de las contratas celebradas por “autoridades públicas” a la luz del Convenio núm. 94 de la OIT, denominado Convenio Relativo a las Cláusulas de Trabajo en los Contratos Celebrados por Autoridades Públicas, el cual fue ratificado por Costa Rica mediante Ley núm. 2561 del 11 de mayo de 1960 y publicado en el diario oficial *La Gaceta* núm. 118 del 26 de mayo del mismo año.²⁸ De acuerdo con este Convenio, los contratos que celebren las autoridades públicas bajo las premisas del artículo 1o. de dicho instrumento, referidos básicamente a obras públicas o suministro de servicios donde la empresa co-contratante emplea sus propios trabajadores, deben contener cláusulas que garanticen condiciones laborales no menos favorables que las que obtendrían los trabajadores para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada, según lo prevean los contratos colectivos, laudo arbitral o la legislación nacional. No indica este Convenio cuál es la responsabilidad que compete a la autoridad pública que no cumple con el establecimiento de este tipo de cláusulas en beneficio de los trabajadores de la empresa contratada. Es entonces la legislación de cada país la que debe establecer los límites de la misma. Pues bien, siendo claro que la ausencia de las cláusulas previstas en el artículo 94 implicaría el desconocimiento de una obligación legal a la que está sujeta la administración de acuerdo con el llamado principio de legalidad, bien podrían los trabajadores afectados demandar de la administración pública incumpliente del Convenio 94 una responsabilidad solidaria, que ni siquiera exigiría la demostración de culpa de esa administración y sus agentes, por los daños recibidos por tales trabajadores a consecuencia de la inaplicación del Convenio. Esta inaplicación incluiría a nuestro juicio no sólo la falta de las cláusulas contractuales sobre protección laboral mínima que establece el artículo 2o. del Convenio, sino también la ausencia de una debi-

²⁸ De acuerdo con el artículo 1o. de este Convenio, dicho instrumento se aplica a aquellos contratos que reúnan las siguientes condiciones: que al menos una de las partes sea una autoridad pública; cuando la ejecución del contrato entrañe el gasto de fondos por una autoridad pública y el empleo de trabajadores por parte de la otra contratante; cuando el contrato se convierte para la construcción, transformación, reparación o demolición de obras públicas, o la ejecución de suministros de servicios; y que el contrato se celebre por una autoridad central de un miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual se halle en vigor el Convenio.

da inspección por parte de la autoridad pública a los contratantes, según lo contempla el artículo 4o., inciso b.ii, del mismo instrumento internacional.²⁹

III. MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE DEL TELETRABAJO

Normativa y jurisprudencia

Aún no contiene nuestra legislación ordinaria una regulación mínima o marco jurídico para el llamado teletrabajo. No obstante, la jurisprudencia ha aceptado plenamente el concepto, y el Poder Ejecutivo ha dictado reglamentación para promover esta figura en las instituciones del Estado como instrumento para incrementar la productividad de los funcionarios públicos, el ahorro de combustible, la protección del medio ambiente, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Todo ello mediante el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones.³⁰

Empezando nuestro análisis por los criterios jurisprudenciales, la Sala de Casación en nuestro país se ha ocupado del tema básicamente a la hora de pasar revista a las figuras que hoy en día permiten hablar de una flexibilización del concepto tradicional de la subordinación jurídica en cuanto criterio axial para determinar la existencia de una relación laboral.³¹ También ha señalado nuestra jurisprudencia que el teletrabajo viene a fortalecer las técnicas del trabajo a domicilio.³² Aunque no se han hecho intentos de conceptualización por la jurisprudencia, sí se ha indicado, claramente, que estamos en presencia de un sistema de trabajo en el cual el control se realiza por medio de objetivos, antes que por el cumplimiento de jornadas de trabajo.

²⁹ La norma del inciso *b* del artículo 4o. del Convenio señala: “*b)* deberán, a menos que se hallen en vigor otras medidas que garanticen la aplicación efectiva de las disposiciones de este Convenio, proveer al mantenimiento: i) de registros adecuados en los que figuren el tiempo que se ha trabajado y los salarios pagados a los trabajadores interesados; ii) de un sistema adecuado de inspección que garantice su aplicación efectiva”.

³⁰ Decreto ejecutivo núm. 34704-MP-MTSS, del 31 de julio de 2008, publicado en el diario oficial *La Gaceta* núm. 162 del viernes 22 de agosto de 2008.

³¹ *Cfr.* voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia núm. 2007-579 de las 15:10 horas del 22 de agosto de 2007.

³² *Cfr.* voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia núm. 2008-71 de las 9:45 horas del 1o. de febrero de 2008.

Así, en el voto que de seguido trascribimos parcialmente, se puede apreciar este enfoque de nuestra Sala de Casación:

Tratar de definir si existe un contrato de trabajo o no, puede ser en algunas circunstancias una difícil tarea, dada la multitud de matices que la relación laboral puede presentar, sobre todo en estos tiempos, con los procesos de globalización que han generado nuevas formas de relación laboral que hacen más difícil identificar el elemento subordinación en los términos clásicamente señalados, como es la inspección directa, en tanto que el trabajo normalmente se desarrollaba dentro del mismo local de la sede de la empresa, lo que ahora no siempre ocurre con los sistemas de venta que sobrepasan, en muchos casos, las fronteras nacionales y aun dentro del mismo territorio, por comodidad del empleador se hace distribución de funciones a nivel nacional, ejerciendo el control sobre el empleado de otras formas, como son los sistemas de control por objetivos, más que el control por jornadas de trabajo, como es el caso del teletrabajo...³³

Por su parte, el decreto del Poder Ejecutivo del 31 de julio de 2008, cuyo objeto es la promoción del teletrabajo en la administración pública, según ya se indicó, define el teletrabajo de la siguiente manera:

Es toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial, en virtud del cual un funcionario público puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, u otro lugar habilitado al efecto, siempre que las necesidades y naturaleza del servicio lo permitan, y en el marco de la política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los funcionarios públicos.³⁴

El mismo artículo define “servicios no presenciales” como “aquellos servicios públicos, en este caso, que para su correcta y oportuna ejecución no es necesario que el funcionario que los realiza se encuentre dentro de la entidad o institución donde brinda sus servicios”.³⁵

³³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones núms. 628 de las 14:15 del 20 de julio de 2005 y 675 de las 9:36 horas del 4 de agosto de 2006.

³⁴ *Op. cit.*, nota 30, artículo 20.

³⁵ *Idem*.

La reglamentación del Poder Ejecutivo que se comenta contiene además una serie de pautas a ser aplicadas por las distintas administraciones públicas, de acuerdo con las disposiciones internas que en cada una de ellas se vayan tomando. Algunas de esas pautas o características son las siguientes:

- (i) Todas las modalidades tendrán carácter temporal, sin perjuicio de que los contratos se consideren de tiempo indeterminado.
- (ii) Los teletrabajadores, en principio, no están sujetos a jornadas ni horarios de trabajo, cuando desempeñen las labores en su domicilio personal o lugar habilitado a los efectos.
- (iii) La eficiencia y cumplimiento de las labores encomendadas se medirá de acuerdo con la producción-meta, en cuanto a calidad y cantidad, según los informes que al efecto se presentarán y aprobarán oportunamente.
- (iv) Los teletrabajadores mantienen los mismos derechos y obligaciones, garantizados por la legislación, los contratos de trabajo y los convenios colectivos aplicables, que tienen los demás trabajadores de la institución.
- (v) En lo que fuere aplicable, el teletrabajo se atenderá a las reglas del contrato a domicilio, a partir del artículo 109 del Código de Trabajo.³⁶

La normativa anterior resulta de interés no sólo por la novedad en nuestro medio, sino también en la medida en que intenta establecer algunas condiciones mínimas de protección a favor de los llamados teletrabajadores, tales como el respeto a los derechos mínimos que como trabajadores les corresponden. Lógicamente, las condiciones que contempla el decreto ejecutivo resultan aplicables a personas que ya forman parte de la planilla de funcionarios permanentes del Estado y de sus instituciones, por lo que la modalidad de trabajo a la cual se sujetarían no implica modificación ni en la naturaleza pública del empleo ni en su antigüedad, récord de trabajo, o discusión sobre la existencia de una relación subordinada. Es posible que al predicar de la modalidad impulsada en el decreto su carácter temporal, ello pudiera generar algunos conflictos en el futuro, en cuanto a los perjuicios que pudiera tener el trabajador que es trasladado de una modalidad de empleo tradicional a otra de teletrabajo y viceversa. Tampoco señala la normativa ana-

³⁶ *Ibidem*, artículo 4o.

lizada el carácter imperativo de esta modalidad laboral cuando exista oposición del servidor público, aunque bien podría interpretarse en que cuando no se cause un perjuicio grave al trabajador, por uso abusivo del llamado *jus variando*, en principio, todo funcionario debe estar dispuesto a laborar bajo los nuevos esquemas de teletrabajo, en tanto así se le ordene.

Muy interesante desde el punto de vista jurídico resulta la norma según la cual la modalidad de teletrabajo queda enmarcada, en lo que fuera aplicable, al contrato de trabajo a domicilio. Varias dudas surgen al respecto. La primera es que en realidad nuestro Código de Trabajo dedica apenas cinco artículos a este tipo de contrato, algunos de ellos muy ubicados en la realidad histórica del trabajo a domicilio de mediados del siglo pasado, de muy difícil aplicación en nuestra época. En segundo término, el contrato a domicilio, antes que una forma temporal del uso de las nuevas tecnologías a distancia, de acuerdo con una división del trabajo programada para que el teletrabajador realice algunas funciones muy concretas, corresponde a un trabajo artesanal, donde el operario realiza normalmente la totalidad de una pieza u obra, y donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido la ayuda de mano de obra familiar, sin que esto desnaturalice la figura del trabajo a domicilio. Indudablemente se trata de realidades distintas, de modo que en realidad poco se gana, al menos en el caso de nuestro país, reconducido la figura del teletrabajo al contrato a domicilio.

En las instituciones donde se ha implantado el teletrabajo con mayor vigor, no conocemos hasta hoy que los trabajadores tomados en cuenta para estos programas se hayan sentido afectados en lo personal. Pareciera que es todo lo contrario, sobre todo tratándose de mujeres con niños pequeños a quienes favorece esta modalidad de trabajo.³⁷ No obstante, un problema se asoma en la distancia, y es el de una eventual discriminación para ciertos trabajadores, quienes encontrándose en igualdad de condiciones con personas que han sido favorecidas con programas de teletrabajo, no han sido sin embargo seleccionadas para tales programas. La ordenación actual es tan mínima que ello permite una casi total discrecionalidad del empleador a la hora de determinar a cuáles trabajadores aplica programas de teletrabajo y a

³⁷ Las únicas experiencias que conoce personalmente el autor son las del Instituto Costarricense de Electricidad, donde se ha impulsado un programa de teletrabajo a nivel de ciertos trabajadores especializados, incluyendo abogados de la Dirección Jurídica.

cuáles no. A nivel de sector privado ello puede ser una clara extensión de los poderes de dirección del patrono, en tanto no se demuestre que ha habido una discriminación ilegal. Tratándose del sector público, la discrecionalidad del patrono es más limitada, por lo que pareciera necesaria una mayor reglamentación en cuanto a los poderes de selección del patrono respecto a los trabajadores que pueden ser beneficiados con una modalidad de empleo mediante teletrabajo.

Hasta donde conocemos, el movimiento sindical costarricense no ha reaccionado tampoco ante este nuevo esquema de trabajo, pues aparte de que no conocemos iniciativas para proteger a los empleados afectados y evitar problemas de discriminación en el empleo, tampoco impulsa ningún tipo de organización especial sectorizada para este tipo de trabajadores.

IV. LA PROBLEMÁTICA DEL TRABAJADOR DEPENDIENTE-INDEPENDIENTE

Quisiéramos introducir finalmente en este artículo el concepto de trabajo disfrazado, concepto íntimamente ligado al de la subcontratación, el cual se refiere a tipos de relaciones sociales dentro del mercado laboral, en el que la dependencia económica es clara y evidente frente al sujeto beneficiario de la actividad, aunque el empleado aparezca formalmente como un trabajador autónomo, como un subordinado que en la práctica asume los riesgos de empresa, o como parte de una subcontratación que lo liga mediáticamente, aunque de manera determinante, al empresario que recibe su actividad. Cuando decimos de “manera determinante”, en el último caso citado, hacemos referencia a una relación donde el primer contratante fija claramente las reglas de la prestación del servicio, imparte sus órdenes, fiscaliza el trabajo ejecutado y se hace servir de un contratista para enganchar al trabajador, contratista que no tiene capital propio ni medios de producción autónomos. Consciente de la situación de precariedad en que se encuentran tales trabajadores, la Organización Internacional del Trabajo intentó, como ya se sabe, en la Conferencia Internacional celebrada en 1998, lograr un acuerdo sobre la adopción de un nuevo convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, definiendo este último concepto como

...todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como “empresa usuaria”) por una persona (designada como trabajador en régimen de subcontratación), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto de la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria.³⁸

La propuesta anterior no pudo plasmarse, a fin de cuentas, en un convenio, pero su utilidad es manifiesta. Permite este concepto ubicar en primer lugar un tipo de trabajador que, escondido tras la figura del subcontrato, realiza sin embargo un servicio de carácter personal y en condiciones análogas en términos de subordinación jurídica con las de los trabajadores que en circunstancias normales se considerarían ligados a un contrato laboral con el primer contratante. ¿Resolvería la introducción de esta normativa de derecho internacional el problema del trabajo disfrazado? Difícilmente, según lo creo. El problema del trabajo disfrazado y de la categoría conceptual de trabajo independiente-dependiente (al fin y al cabo lo concreto es para Hegel la unidad de lo distinto)³⁹ no se agota en resolver la desprotección de trabajadores subcontratados. La descentralización empresarial ha arrojado a las playas de la desprotección a otros grupos de trabajadores sin adecuada seguridad social ni regulación laboral, empezando por los trabajadores a domicilio, muchas veces sin ningún tipo de contratación formal, y abarcando el amplio número de trabajadores informales. Como lúcidamente lo señala Blat Gimeno, la presencia de factores tales como el excedente de oferta de trabajo disponible o la enorme desigualdad en la distribución de la riqueza, “favorece la fragmentación de la mano de obra”, convirtiendo a los trabajadores a domicilio —diríamos nosotros, que entre otros muchos— “en una reserva de empleo precario, que mina el trabajo a tiempo completo, compite con el empleo interno y debilita el poder contractual del sindicato”.⁴⁰

³⁸ Bronstein S., Arturo, *op. cit.*, nota 18, p. 8.

³⁹ *Introducción a la historia de la filosofía*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, 1977, t. I, colección Lecciones sobre la Historia de la Filosofía, p. 28.

⁴⁰ Blat Gimeno, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 52.

En el fondo de todo, agregaríamos por nuestra parte, lo que subyace a la problemática del trabajo disfrazado y de la desprotección laboral es el intento de las empresas modernas de trasladar a sus trabajadores, cada vez con mayor fuerza, el riesgo de empresa, de modo que es allí realmente donde se difuminan las divisiones entre trabajo subordinado y trabajo autónomo.

En el caso costarricense, el empleo en plantaciones bananeras y de palma africana, pero sobre todo en las primeras, ofrece un claro ejemplo de lo que decimos. Se trata del empleo de técnicas novedosas para el sector agrícola tradicional, entre las cuales podemos distinguir claramente dos:

- a) Contratación de personas físicas, generalmente ex trabajadores de la misma compañía, para que subcontraten a otras personas, generalmente también ex trabajadores, a fin de que realicen determinadas labores que en otras épocas las empresas encargaban a sus propios empleados. Por ejemplo, hechura de zanjas, eliminación de maleza, y aun acarreo de fruta. Estos trabajos se habían pagado tradicionalmente en Costa Rica a destajo, pero en el marco de un contrato laboral.
- b) Eliminación de los contratos de tiempo indefinido. Los trabajadores son empleados por plazos que no superan los tres meses, que es el plazo mínimo para adquirir indemnizaciones por desempleo en caso de despido. Vencido el contrato, la persona debe buscar otra explotación o patrono donde emplearse, o en su lugar esperar un tiempo para que le den un nuevo “contrato” con el mismo empleador. De esta manera, pocos trabajadores acumulan lo que en las zonas bananeras se conoce como “récord” de empleo, es decir, antigüedad laboral. Lo interesante entonces es que al interior de las plantaciones se crea una especie de grupo privilegiado de empleados que son aquellos a quienes se les permite acumular una antigüedad en el puesto, frente a otro grupo de trabajadores itinerantes que se desplazan dentro de una misma zona realizando contratos a plazo fijo. En la práctica, estos últimos se están convirtiendo en una suerte de trabajadores por cuenta propia, ya que contratan su mano de obra por plazos fijos, asumiendo como propio el riesgo de la estabilidad laboral. Como es lógico suponer, sólo pueden ingresar al grupo de “privilegiados” que gozan de antigüedad laboral, aquellos que demuestren mayor docilidad con el emplea-

dor y que por supuesto no participen de ninguna militancia o actividad sindical.⁴¹

Aunque para algunos dirigentes sindicales la problemática descrita conduce a conclusiones claras solamente en materia de subempleo, es evidente para nosotros que ese tipo de relaciones alimenta una categoría diferente de trabajadores, a los que siguiendo una sugerencia de la misma OIT podríamos incluir dentro de lo que aquí se ha llamado de trabajadores “dependientes-independientes”.⁴² Son dependientes porque su relación de trabajo se rige por la legislación laboral territorial; pero a la vez tienen características propias de trabajadores independientes porque asumen riesgos típicos de empresa, empezando por el de su propia estabilidad laboral, y en la práctica se les impide acumular derechos iguales a los del resto de empleados que normalmente laboran en el país. De hecho, su contrato se asimila en muchos aspectos a un contrato civil de obra, sobre todo cuando —como sucede en muchos casos— las labores se realizan por destajo y por un monto fijado de antemano para cada pieza o tarea. Es tan evidente esta última situación, que en las fincas bananeras costarricenses no se suele hablar del salario por pieza o tarea, sino de un “precio” por la labor, verbigracia, corta de fruta o acarreo de la misma.⁴³ El problema se agrava si consideramos que

⁴¹ Bermúdez Umaña, veterano dirigente gremial costarricense, nos presenta el siguiente cuadro de lo que se acaba de describir: “Inestabilidad familiar. En este aspecto la política de las compañías tiene pequeñas variantes unas de otras, pero casi todas coordinan sus políticas de contratación. En términos generales podemos decir que en la zona Atlántica el 20% de los trabajadores tiene récord y el 80% no lo tienen. Las empresas contratan y despiden cada tres meses; algunas tienen el sistema de los seis meses o un año en menor grado. Esta situación hace que en las fincas reine la mayor inestabilidad laboral... los sindicalistas consideramos que el mayor problema en términos de porcentaje es el sub-empleo y que son miles de trabajadores los que caminan de finca en finca con su maleta al hombro. Trabajan seis meses y luego son botados con el fin de romper el récord; este es el rol cotidiano”. Bermúdez Umaña, Gilberto, *El solidarismo y los arreglos directos en las fincas bananeras de Costa Rica*, San José, Zeta, Servicios Gráficos, 2000, p. 60.

⁴² En los cuestionarios que envió la OIT a las personas encargadas de presentar informes nacionales sobre estos temas, en 2001 se incluyó el concepto de trabajador “dependiente-independiente”, y así nos fue comentado en la reunión celebrada en San José, Costa Rica, en noviembre de 2001, con los funcionarios de la OIT, Enrique Marín y Humberto Villasmil.

⁴³ Precisamente, el profesor Enrique Marín, de la OIT, nos hacía ver en agosto de 2002 lo curioso que resultaba para él que en Costa Rica se hablara del “precio” de las labores en el banano, pues esto lo llevó a creer que definitivamente se estaban usando contratos civiles en la

muchos de estos trabajadores itinerantes son emigrantes extranjeros, generalmente nicaragüenses, sin interés en arraigarse definitivamente en el país, lo cual facilita su contratación de la forma expuesta, y la ausencia de inclusión en las plantillas de la seguridad social.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque es muy difícil en un trabajo tan corto pretender compendiar una realidad tan compleja y cambiante, nos parece posible establecer algunas conclusiones de interés:

- 1) Las empresas que emplean tecnología de punta, y el sector más moderno de la economía en general, prefieren contar con una normativa “a su medida” en materia laboral, intento en el que nuestros gobiernos han cedido de una u otra forma.
- 2) El derecho laboral se enfrenta en nuestros países a un uso cada día más importante de esquemas de contratación laboral donde se escamotea la relación laboral y se consolida una categoría de trabajadores dependientes-independientes, frente a la cual el ordenamiento jurídico no tiene un encuadramiento claro que proteja al trabajador.
- 3) Los fenómenos de la descentralización laboral y la subcontratación en el caso costarricense no tienen aún un marco jurídico que identifique claramente las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y que establezca reglas de solidaridad entre ellas y las empresas usuarias.
- 4) La situación de las llamadas agencias de empleo privadas en Costa Rica es incierta, ante el incumplimiento actual del Convenio 96 de la OIT. Urge por tanto aprobar el Convenio núm. 181 y regular mediante ley el funcionamiento de estas agencias.
- 5) La regulación del teletrabajo en Costa Rica es incipiente, aunque ya se plantean temas serios de discriminación en el empleo que requieren de un ordenamiento de rango legal.

agricultura y no contratos laborales. Sobre el particular, le explicamos que seguían siendo contrataciones laborales, sólo que a destajo, de suerte que desde los primeros tiempos en que se asentaron “las bananeras en el país”, se usa el concepto de precio y no de salario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991.
- BERMÚDEZ UMAÑA, Gilberto, *El solidarismo y los arreglos directos en las fincas bananeras de Costa Rica*, San José, Zeta, Servicios Gráficos, 2000.
- BLAT GIMENO, Francisco, “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BRONSTEIN S., Arturo, “Subcontratación laboral”, en ALBURQUERQUE, Rafael y BUEN, Néstor de (coords.), *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, México, Porrúa, 2000.
- KRAUSE, Rudiger, intervención en el Congreso Europeo de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, celebrado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, durante la mesa redonda titulada *Responsabilidad de los empresarios en organizaciones complejas de empresas*, en Freiburg, Alemania, el 18 de septiembre de 2008.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Contratas y subcontratas en el derecho español del trabajo”, en ALBURQUERQUE, Rafael y BUEN, Néstor de (coords.), *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, México, Porrúa, 2000.
- PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, “Conjunto económico o grupos de empresas”, en RASSO DELGUE, Juan, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho de trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000.
- RASSO DELGUE, Juan, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho de trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2000.
- ROSEMBAUÑ, Jorge y CASTELLO, Alejandro, *Subcontratación e intermediación laboral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Perú, ARA Editores, 1997.

SUPIOT, Alain, *Conférence sur L' avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Annecy*, documento mimeografiado, 18 y 19 de enero de 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Descentralización productiva y desorganización del derecho de trabajo”, *Revista de Relaciones Laborales*, San José, Costa Rica, núm. 2, junio de 2002.

Jurisprudencia judicial

Sentencia 2000-110, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:00 horas del 4 de febrero de 2000.

Núm. 111 de las 16:10 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 4 de febrero de 2000.

Núm. 2000-00805 de las 9:30 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 6 de septiembre de 2000.

Núm. 160 del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, Sección Segunda, de las 09:50 horas del 27 de febrero de 2002.

Núm. 2004-00830 de las 09:35 horas, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 1o. de octubre de 2004.

Núm. 628 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 14:15 del 20 de julio de 2005.

Núm. 675 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 9:36 horas del 4 de agosto de 2006.

Núm. 2007-579 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 15:10 horas del 22 de agosto de 2007.

Núm. 2008-71 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 9:45 horas del 1o. de febrero de 2008. 